UDC 34/35 : ISSN 0003-2565

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2011 /БРОЈ 1/ ГОДИНА LIX

Анали Правног факултета у Београду

Година LIX, бр. 1/2011, стр. 1–470

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

ПРИЛОЗИ

МЕЂУНАРОДНИ ПРЕГЛЕД

ПОЛЕМИКА

ПРИКАЗИ

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

ЧЛАНЦИ

УДК 338.23:336.2(497.11) ; 339.92(4-672EU:497.11)

Проф. др Гордана Илић-Попов[*]

Проф. др Дејан Поповић[**]

ПРАВО ДИРЕКТНИХ ПОРЕЗА И СПОРАЗУМ О СТАБИЛИЗАЦИЈИ И ПРИДРУЖИВАЊУ СРБИЈЕ ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Иако поступак ратификације ССП између ЕУ и њених држава чланица и Србије још није окончан, аутори разматрају последице које ће ССП оставити првенствено на терену права директних пореза. С једне стране, сви уговори о придруживању, па и ССП, у праву ЕУ имају директан ефекат, без обзира на то што садрже одредбу о решавању спорова о примени и тумачењу споразума кроз Савет за стабилизацију и придруживање и посебан арбитражни посту пак. Европски суд правде (ECJ) сматра да одредба споразума о придруживању производи директан ефекат када, имајући у виду њену формулацију и сврху, као и природу сâмог споразума, она садржи јасну и прецизну обавезу, која у својој примени или дејствима, не захтева усвајање било какве накнадне мере. Штавише, ECJ признаје директан ефекат и актима Савета за стабилизацију и придруживање. Од решења у домаћем праву зависи како ће се у том погледу понашати судови у придруженим државама. Устав Србије допушта непосред ну примену међународних уговора. Чл. 73, ст. 2 ССП предвиђа да ће Србија примењивати одређене прописе ЕУ и инструменте тумачења које је развио ECJ. Аутори, на крају, анализирају различите порескоправне импликације ССП, указујући на могуће ограничавање слободе кретања капитала у случају када компанија резидент Србије остварује дивиденде од филијале резидента државе чланице ЕУ, а учешће у капиталу јој је мање од 25%; тада је она лишена права на порески кредит, што је ECJ, разматрајући британски про пис, код кога је праг био нижи (10%), у случају FII Group Litigation оценио као дискриминацију портфолио инвестиција.

[*] Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *gordana@ius.bg.ac.rs*.

[**] Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *dejan.popovic@serbianembassy.org.uk*.

Кључне речи: *Прелазни трговински споразум. Директни ефекат ССП. Одлуке Савета за стабилизацију и придруживање. Дискриминација портфолио инвестиција. Афилијациона привилегија и индиректни порески кредит.*

1. „ТРЕЋЕ ДРЖАВЕ" СА СТАНОВИШТА ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Од ступања на снагу Лисабонског споразума, Европска унија (у даљем тексту: *ЕУ*), у складу с одредбом чл. 47 Споразума о ЕУ (у даљем тексту: *СЕУ*), има правни субјективитет. До тада је ималац права и обавеза била Европска заједница (у даљем тексту: *ЕЗ*). Ова норма значи да у својим спољним односима Унија има капацитет да закључује уговорне везе са трећим државама на читавом подручју циљева дефинисаних у конститутивним споразумима.[1] По основу чл. 3, ст. 2 Споразума о функционисању ЕУ (у даљем тексту: *СФЕУ*), Унија има искључиву надлежност за закључивање међународног споразума када је његово закључивање предвиђено у законодавном акту Уније, или је неопходно да би Унија могла да врши своје интерне надлежности, или уколико његово закључивање може утицати на заједничка правила или променити њихов опсег.[2] У осталим случајевима, надлежност је подељена између ЕУ и држава чланица, те тако долазимо до концепта „мешовитих споразума" (енг. *mixed agreements*), које закључују и Унија и њене државе чланице заједнички. У овакве споразуме улази се не само када то налаже СФЕУ, него и када предмет уређивања делом спада у надлежност ЕУ, а делом у надлежност држава чланица. За њихово тумачење надлежан је Суд правде, често називан Европским судом правде (*European Court of Justice* – у даљем тексту: *ECJ*). Напоменимо да је Суд у (непореском) случају *Merck* заузео став да постоји разлика између делова мешовитог међународног уговора (Споразума о са трговином повезаним аспектима права интелектуалне својине /енг. *Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights* –

[1] ECJ, Case C 22/70 (*Commission v. Council /European Agreement on Road Transport/*) [1971] ECR 263, пар. 14. ЕУ може предузимати и унилатералне акције (на пример, санкције против Ирана, антидампинг мере против робе кинеског порекла, забрана увоза одређених добара из еколошких разлога и сл.).

[2] Искључиве надлежности ЕУ обухватају царинску унију, монетарну политику (за државе чланице чија је монета евро), заједничку трговинску политику, установљавање правила конкуренције неопходних за функционисање унутрашњег тржишта и заштиту морских биолошких ресурса у оквиру заједничке политике рибарства, вид. чл. 3, ст. 1 СФЕУ. Посматрано у овом кругу, експлицитна овлашћења за закључивање међународних уговора Унија има у трговинској политици (укључујући царинску унију) и монетарној политици.

скраћено: *TRIPs Agreement*/) који су имплементирани кроз право ЕУ и делова који нису: у првој ситуацији, *ECJ* ће тумачити споразум и дати му директан ефекат, а у другој (на пример, када се ради о патентима, којима се законодавство ЕУ није бавило), само од националних судова држава чланица зависи како ће поступати.[3]

У чл. 216 СФЕУ прописано је да Унија може закључити споразум с једном трећом државом или са више њих или са међународним организацијама, када конститутивни споразуми то предвиђају, или када је закључивање споразума неопходно да би се, у оквиру политика Уније, остварио неки од циљева наведених у конститутивним споразумима, или када је оно предвиђено у правно обавезујућим актима Уније, или када је вероватно да ће утицати на заједничка правила или мењати њихов опсег. Споразуми које Унија закључи обавезују институције Уније и њене државе чланице.

Чл. 217 СФЕУ прецизира да Унија може закључити са трећом државом или са више њих или са међународним организацијама споразуме којима се установљава придруживање које укључује реципрочна права и обавезе, заједничко деловање и посебне поступке. Први споразуми ове врсте закључени су са Грчком 1961. и са Турском 1963. године, да би деведесетих година прошлог века 12 држава, које су касније (2004, односно 2007. године) постале чланице ЕУ, склопиле с ЕЗ сличне споразуме о придруживању (тзв. „Европа споразуме"). У првој деценији XXI столећа ЕЗ је са шест држава западног Балкана потписала сличне уговоре – сада назване „споразумима о стабилизацији и придруживању" (у којима је потенциран захтев за регионалном сарадњом, као претпоставком за превазилажење конфликата из претходне декаде).[4]

Коначно, чл. 198 СФЕУ садржи норму која омогућује закључивање специјалних споразума о придруживању са неевропским „земљама и територијама" које имају посебне односе са Данском,[5] Француском,[6] Холандијом[7] и Уједињеним Краљевством Велике

[3] ECJ, Case C 431/05 (*Merck Genéricos Produtos Farmacêuticos v. Merck*) [2007] ECR I 7001, пар. 33 и 34.

[4] Вид. Маја Станивуковић, Сања Ђајић, „Споразум о стабилизацији и придруживању и прелазни трговински споразум Србије и Европских заједница правно дејство и значај", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1 2/2008, 399.

[5] Гренланд.

[6] У питању су зависне територије: Нова Каледонија, Француска Полинезија, Француске јужне и антарктичке територије, Острва Валис и Футуна и Острва Сен Пјер и Микелон. Прекоморски департмани (Гваделуп, Мартиник, Француска Гијана, Реунион и Мајот) чине интегрални део националне територије Француске.

[7] У питању су посебне општине: Бонер, Сент Еустасиус и Саба, као и кон ститутивне државе: Аруба, Курасао и Сент Мартен, које се све налазе у Карибима.

Британије и Северне Ирске.[8] Ови споразуми имају за циљ да промовишу економски и социјални развој и да установе блиске економске везе између ових „земаља и територија“ и ЕУ.

Анализа непосредних и посредних утицаја права ЕУ на односе које у области директног опорезивања с ЕУ имају треће државе покрива, отуда, неколико групација таквих пореских јурисдикција. Неке „треће државе“ са 27 држава чланица ЕУ чине јединствено тржиште или кроз посебне споразуме о кретању лица и капитала уживају статус сличан припадању јединственом тржишту, неке су кандидати за чланство у ЕУ, неке су закључиле уговоре којима се успоставља придруживање између њих и Уније и њених чланица, неке су установиле партнерски однос с ЕУ итд. „Треће државе“, дакле, обухватају:

- државе Европског удружења слободне трговине (енг. *European Free Trade Association* – EFTA), осим Швајцарске, које, заједно са државама чланицама ЕУ, чине Европски економски простор – Норвешка, Исланд и Лихтенштајн;
- Швајцарску, која с ЕУ има два посебна, у овом контексту релевантна, споразума:
  - Споразум о слободном кретању лица од 21. јуна 1999. године (ступио на снагу 1. јуна 2002. године), који, између осталог, обавезује Швајцарску да прихвати постојећа тумачења *ECJ* када се ради о клаузулама тог споразума чије су формулације сличне одговарајућим члановима тадашњег Споразума о оснивању ЕЗ;[9] и
  - Споразум у вези са штедњом, који је од 1. јула 2005. године обавезује да примењује унилатералне мере еквивалентне онима прописаним у ЕУ Директиви о опорезивању прихода од штедње у облику плаћања камата (енг. *Savings*

[8] Ангила, Кајманска острва, Монтсерат, Острва Теркс и Кеикос, Британска Девичанска острва, Бермуда, Фолкландска острва, Јужна Џорџија и Јужна Сендвичка острва, Света Јелена и зависна острва, Питкерн, Британске антарктичке територије и Британске територије у Индијском океану.

[9] Потписана 25. марта 1957. године, 1. јануара 1958. године ступила су на снагу два Римска споразума: први је носио назив *Споразум о оснивању Европске економске заједнице*, а други *Споразум о оснивању Европске заједнице за атомску енергију*. Још од 1952. године на снази је био *Споразум о Европској заједници за угаљ и челик* (којем је истекао рок важења 2002. године). После Мастрихтског спора зума из 1993. године, којим је основана ЕУ (па је његов званичан назив *СЕУ*), с Ев ропском економском заједницом (преименованом у Европску заједницу) као једним од три носећа стуба (уз Заједничку спољну и безбедносну политику и Правду и унутрашње послове), Римски споразум је добио назив *Споразум о оснивању ЕЗ*. По сле ступања на снагу Лисабонског споразума 2009. године, Споразум о оснивању ЕЗ преименован је у *СФЕУ*.

Directive),[10] а који у чл. 15, ст. 1 и 2 предвиђа билатералне мере којима ће се погодности из ЕУ Директиве о заједничком систему опорезивања примењивом у случају матичних компанија и филијала у различитим државама чланицама (енг. *Parent–Subsidiary Directive*)[11] и ЕУ Директиве о заједничком систему опорезивања камата и ауторских накнада плаћених између повезаних компанија (енг. *Interest–Royalties Directive*)[12] пренети на Швајцарску;

- државе-кандидате за чланство у ЕУ (Хрватска, Турска, Македонија и Црна Гора),[13] чији су споразуми о стабилизацији и придруживању с ЕУ на снази до њиховог приступања ЕУ. У међувремену, до дана приступања (од када су дужне да прихвате правне тековине ЕУ), оне задржавају слободу да примењују своје пореске прерогативе са другим државама,[14] при чему их у односима са државама чланицама ЕУ обавезују одредбе споразума о стабилизацији и придруживању;
- државе које су поднеле кандидатуру за чланство у ЕУ, чији су споразуми о стабилизацији и придруживању са ЕУ на снази (Албанија);
- државе које су поднеле кандидатуру за чланство у ЕУ, чији су споразуми о стабилизацији и придруживању са ЕУ у поступку ратификације, али се у међувремену примењује прелазни трговински споразум (Србија);
- државе које нису поднеле кандидатуру за чланство у ЕУ, за чије је споразуме о стабилизацији и придруживању са ЕУ поступак ратификације окончан, али још нису ступили на

[10] Council Directive 2003/48/EC on taxation of savings income in the form of interest payments, *OJ L* 157, 26.6.2003, as amended by Council Directive 2004/66/EC, *OJ L* 168, 1.5.2004, and Council Directive 2006/98/EC, *OJ L* 363, 20.12.2006.

[11] Council Directive 90/435/EEC on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, *OJ L* 225, 20.8.1990, as amended by Council Directive 2003/123/EC, *OJ L* 007, 13.1.2004, and Council Directive 2006/98/EC, *OJ L* 363, 20.12.2006.

[12] Council Directive 2003/49/EC on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States, *OJ L* 157, 26.6.2003, as amended by Council Directive 2004/66/EC, *OJ L* 168, 1.5.2004, Council Directive 2004/76/EC, *OJ L* 195, 2.6.2004, and Council Directive 2006/98/EC, *OJ L* 363, 20.12.2006.

[13] Са Хрватском и Турском воде се преговори о приступању ЕУ, а са Македонијом и Црном Гором преговори још нису започети. Статус државе кандидата има и Исланд (и то са започетим преговорима о приступању ЕУ), али је он већ горе наведен као члан Европског економског простора.

[14] Вид. Pasquale Pistone, „The Impact of European Law on the Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxation", *Intertax* 5/2006, 240.

снагу,[15] те се у међувремену примењује прелазни трговински споразум (БиХ);

- државе са којима ЕУ има закључене споразуме о партнерству (Русија, Украјина, Мароко и др.);
- остале државе.[16]

У овом чланку ћемо подврћи анализи само односе који настају између права ЕУ о директним порезима и пореског права Србије у контексту Споразума о стабилизацији и придруживању између ЕУ и њених држава чланица, с једне стране, и Републике Србије, с друге стране[17] (у даљем тексту: *ССП*).

2. ПОРЕСКОПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ПРЕЛАЗНОГ ТРГОВИНСКОГ СПОРАЗУМА

С обзиром на то да је сврха ССП, потписаног 29. априла 2008. године, успостављање блиског и трајног односа који се заснива на узајамности и обостраном интересу, што би Србији требало да омогући даље јачање и ширење постојећих односа с ЕУ и, посебно, развој трговинских веза, а да је поступак његове ратификације

---

[15] До момента предаје у штампу овог текста, БиХ није испунила услов везан за доношење Закона о државној помоћи, па генерални секретар Савета ЕУ није из вршио нотификацију да су депоновани сви инструменти ратификације. Вид. *http://www.islambosna.ba/vijesti/vijesti bih/22804 sporazum o stabilizaciji i pridruivanju sa eu do daljnjeg na ekanju*, 5. мај 2011.

[16] У оквиру широке категорије „остале државе" могу се издвојити три ев ропске „микродржаве" са ниским порезима Андора, Монако и Сан Марино са којима је ЕУ закључила посебне споразуме, у којима се за њих предвиђа обавеза унилатералне примене мера еквивалентних онима из ЕУ Директиве о опорезивању прихода од штедње у облику плаћања камата. Ту спада и Лихтенштајн, али је он већ горе наведен као члан Европског економског простора. Пистоне (*Pistone*) сматра да се из преосталих „осталих држава" могу издвојити САД (јер са њима закључени уговори о избегавању двоструког опорезивања садрже клаузулу о ограничавању по годности /енг. *limitation of benefits* скраћено: *LoB*/), као и земље у развоју (због клаузуле о кредиту за уштеђени порез, /упор. Дејан Поповић, Светислав В. Костић, *Уговори Србије о избегавању двоструког опорезивања. Правни оквир и тумачење*, ЦЕКОС ИН, Београд 2009, 269 270/, која се среће у многим уговорима о избегавању двоструког опорезивања закљученим између њих и држава чланица ЕУ). Вид. P. Pistone, 237 238.

[17] Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране и Републике Србије, са друге стране, *Службени гласник РС*, бр. 83/08. Подсећамо да до ступања на снагу Лисабонског споразума ЕУ није имала правни субјективитет, већ су га има ле Европске заједнице. Зато се у овом споразуму као уговорница не појављује ЕУ, него ЕЗ.

дуготрајан,[18] истовремено је потписан и Прелазни споразум о трговини и трговинским питањима[19] (у даљем тексту: *ПТС*), са циљем да се, што је брже могуће, а до момента ступања на снагу ССП-а, спроведу одредбе ССП о трговини и трговинским питањима. Србија је почела једнострано да примењује ПТС од 30. јануара 2009. године, а ЕУ од 1. фебруара 2010. године.[20]

Имајући у виду предмет уређивања ПТС – трговину и трговинска питања, не чуди што су његови порескоправни аспекти искључиво у домену посредног опорезивања. Поред детаљног уређивања режима узајамне царинске либерализације код увоза и извоза индустријских и пољопривредних производа,[21] где су преузете норме из Наслова IV ССП („Слободан проток робе“), ПТС садржи и један број норми које

[18] Чак и ако се занемари двогодишње одлагање почетка поступка ратификације због неодговарајуће сарадње Србије са Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију.

[19] Закон о потврђивању Прелазног споразума о трговини и трговинским питањима између Европске заједнице, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Службени гласник РС*, бр. 83/08.

[20] До одлагања почетка примене ПТС такође је дошло због неодговарајуће сарадње Србије са Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију.

[21] Чл. 5 ПТС предвиђа да ће се од дана његовог ступања на снагу укинути све царине и дажбине које имају исто дејство на увоз у ЕУ индустријских производа пореклом из Србије, а чл. 6 налаже да ће се укинути царине на увоз у Србију индустријских производа пореклом из ЕУ (осим оних наведених у анексу, које ће се постепено смањивати и укидати, у складу са прописаном динамиком), што важи и за увозне дажбине које имају исто дејство као и царине. Чл. 7 прописано је да ће ЕУ и Србија у међусобној трговини укинути све царине на извоз индустријских производа и дажбине које имају исто дејство. Чл. 11 ПТС предвиђа да ће од дана његовог ступања на снагу ЕУ укинути све царине и дажбине које имају исто дејство на увоз пољопривредних производа из Србије (осим производа спецификованих по тарифним бројевима из Комбиноване номенклатуре; за производе обухваћене главама 7 и 8 Комбиноване номенклатуре, за које Заједничка царинска тарифа ЕУ предвиђа примену *ad valorem* и специфичне царине, укидање се примењује само на *ad valorem* део царине; за увоз *baby beef* производа пореклом из Србије предвиђено је да се плаћа 20% од *ad valorem* и 20% од специфичне царине наведене у Заједничкој царинској тарифи ЕУ). Чл. 12 ПТС прописује да ће Србија на увоз неких пољопривредних производа пореклом из ЕУ од дана ступања на снагу ПТС укинути царинске дажбине, на увоз неких прогресивно их укидати, а на увоз неких прогресивно их смањивати (све у складу са динамиком прописаном у анексима). Чл. 13 упућује на посебан протокол, којим се уређује режим узајамних преференцијалних концесија за одређена вина, док је у чл. 14 и 15 прописано укидање увозних царина и мера које имају исто дејство на рибу и производе од рибе како од стране ЕУ, тако и од стране Србије. Чл. 21 ПТС предвиђа да у трговини између ЕУ и Србије неће бити увођене нове царине на увоз или извоз или дажбине које имају исто дејство, а оне које се већ примењују неће бити повећаване. Чл. 23 прописано је да се одредбе које се односе на укидање увозних царина примењују и на царинске дажбине фискалне природе (на пример, на српску посебну дажбину на увоз пољопривредних и прехрамбених производа).

регулишу нека друга питања, а које су „извађене“ из различитих других наслова ССП.[22]

Из одредаба ПТС, преузетих из Наслова IV ССП (у којем се, поновимо, уређује слободан проток робе), издвојили бисмо чл. 22, који забрањује фискалну дискриминацију:[23] ЕУ и Србија ће се уздржавати од увођења, а укинуће уколико постоји, сваку меру или праксу унутрашње фискалне природе, којом се производи једне стране, непосредно или посредно, дискриминишу у односу на сличне производе који потичу са територије друге стране, при чему повраћај унутрашњих посредних пореза (ПДВ и акциза) за производе који се извезу на територију једне од страна не сме бити већи од износа посредног пореза који је на њих наметнут. И ова забрана фискалне дискриминације се првенствено односи на индиректне порезе, те начелно није предмет анализе у овом раду. Међутим, заслужује да се помене кршење преузете обавезе од стране српског законодавца, који је кроз чл. 1 Закона о изменама Закона о акцизама,[24] почев од 1. јануара 2011. године увео две дискриминаторске акцизе, и то: (а) акцизу на моторне бензине ЕВРО БМБ 98 и ЕВРО Премиум БМБ 95 (за РСД 4,50 по литру већу од акцизе на домаће моторне бензине); и (б)

[22] Из Наслова V ССП: „Кретање радника, пословно настањивање, пружање услуга, кретање капитала“, то су: транзитни саобраћај (чл. 34 ПТС), слобода плаћања на текући рачун биланса плаћања између ЕУ и Србије (чл. 35 ПТС), изузеци када су због платно билансних проблема допуштене рестриктивне мере (чл. 36 ПТС) и допуштеност мера неопходних да би се спречило избегавање мера које се односе на приступ трећих држава тржишту односне стране (чл. 37 ПТС). Из Наслова VI ССП: „Усклађивање прописа, примена права и правила конкуренције“, то су: слободна конкуренција и дозвољена државна помоћ, која се оцењује узимањем у обзир чињенице да се Србија сматра подручјем „где је стандард живота абнормално низак или где је озбиљна незапосленост“ из чл. 107, ст. 3, тач. а СФЕУ (чл. 38 ПТС), јавна предузећа (чл. 39 ПТС) и интелектуална, индустријска и комерцијална својина (чл. 40. ПТС). Из Наслова VIII ССП: „Политике сарадње“, то су: сарадња у области царина ради постепеног усклађивања српских царинских прописа са правним тековинама ЕУ (чл. 41 ПТС). Из Наслова X ССП: „Институционалне, опште и завршне одредбе“, то су: оснивање и функционисање Одбора за спровођење ПТС/ССП (чл. 42 45 ПТС), слобода приступа лицима друге стране судовима и управним органима ради заштите личних и имовинских права (чл. 46 ПТС), допуштеност предузимања мера неопходних из разлога безбедности (чл. 47 ПТС), општа забрана дискриминације између држава чланица ЕУ, њихових држављана и компанија кроз мере које предузима Србија, односно између српских држављана и компанија кроз мере које предузима ЕУ (чл. 48 ПТС), обавеза предузимања свих општих и посебних мера потребних за испуњавање преузетих обавеза (чл. 49 ПТС), начин решавања спорова (чл. 50 ПТС), важење права осигураних појединцима и економским субјектима постојећим споразумима све док се не постигну једнака права на основу овог споразума између ЕУ и држава чланица, са једне стране, и Србије, са друге стране (чл. 51 ПТС) и обавеза сарадње Србије са другим државама кандидатима за приступање ЕУ (чл. 52 ПТС).

[23] Њему одговара чл. 37 ССП.

[24] *Службени гласник РС*, бр. 101/10.

акцизу на ЕВРО дизел (за РСД 2 по литру већу од акцизе на домаће дизел-гориво). Покушај српских званичника да одбране двојне акцизе позивањем да је виша акциза уведена на квалитетније деривате, а нижа на мање квалитетне, те да основ разликовања не представља околност да ли је одређени производ домаћи или из увоза,[25] показује се неуспешним у светлу давне одлуке *ECJ* у случају *Humblot*.[26] Тада је Суд разматрао ситуацију где је у Француској постојао прогресивни порез на коришћење путева, с тим што је висина пореза зависила од снаге аутомобилског мотора: за аутомобиле до 16 *CV*[27] највиши порез био је ФФ 1.100 годишње, док је за аутомобиле преко 16 *CV* (а такви се у Француској нису производили) порез био ФФ 5.000 годишње. *ECJ* је закључио да, иако француски закон није директно дискриминисао стране аутомобиле, он је то индиректно чинио, јер је фактички само нефранцуска кола погађао највишом стопом.

Но, да се фискална дискриминација којом се нарушава слободно кретање добара може дешавати и изван сфере индиректног опорезивања сведочи пракса *ECJ* из случаја *Tax advantages for newspaper publishers*, који се тицао француске порескополитичке мере из домена директних пореза, која је допуштала предузећима која објављују новине политичког карактера да образују неопорезиве резерве за набавку опреме или зграда неопходних за овакво објављивање или да од основице пореза на добит правних лица одмах одбију целокупан трошак ове набавке. Међутим, право на поменуте пореске олакшице предузећу је било ускраћено у делу који се тицао набавке опреме, односно зграда који су служили за штампање новина изван територије Француске. *ECJ* је за ову меру констатовао да очигледно нарушава слободу кретања добара, јер подстиче француске издавачке куће да новине радије штампају у Француској него у другој држави чланици ЕУ и прогласио да има ефекат једнак квантитативној рестрикцији увоза новина.[28] Отуда би српски законодавац морао да буде чврст у одбијању захтева да се на терену пореза на добит правних лица (као и других фискалитета) стимулишу улагања у „домаћу опрему“, јер би евентуалним прихватањем такве мере изложио Србију поступку из чл. 49 и 50 ПТС пред Одбором за спровођење ПТС због фискалне дискриминације производа пореклом из ЕУ.

---

[25] У моменту предаје за штампу овог текста, Влада Србије је одустала од „двојних акциза“ и предложила јединствене износе ове дажбине, како за бензин, тако и за дизел гориво. Вид. *http://www.srbija.gov.rs/vesti/vest.php?id 153237*, 20. мај 2011.

[26] ECJ, Case C 112/84 (*Humblot*) [1985] ECR 1367, пар. 14.

[27] *CV* (фр. *chevaux vapeur*) означава „фискалну коњску снагу“ мерну јединицу која се у Француској користи за сврху дефинисања пореских јединица у тарифи пореза на употребу моторних возила.

[28] ECJ, Case C 18/84 (*Commission v. France*) [1985] ECR 1339, пар. 16.

3. ОБУХВАТ ССП

Иако је Народна скупштина Републике Србије потврдила ССП у септембру 2008. године, поступак ратификације у државама чланицама ЕУ и у институцијама ЕУ започео је тек у јуну 2010. године, пошто је Савет ЕУ, на основу извештаја Главног тужиоца Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, констатовао да је сарадња Србије са тим трибуналом таква да се може сматрати да је испуњен одложни услов постављен приликом потписивања ССП 29. априла 2008. године. Имајући у виду праксу код ратификације споразума о стабилизацији и придруживању између ЕУ и њених држава чланица, с једне стране, и других земаља, које су пре Србије ушле у овакав уговорни однос, с друге стране, процењује се да би поступак, који се одвија у 27 држава чланица и у институцијама ЕУ, могао да потраје барем до краја 2011. године.[29] Међутим, утицај појединих обавеза преузетих у ССП на терену директног опорезивања биће толико значајан да ће захтевати благовремено предузимање одговарајућих мера – како у законодавству, тако и у политикама које води Влада Србије.

Поље примене ССП је много шире од поља примене ПТС, јер први споразум уређује бројна питања придруживања Србије ЕУ, а не само „развој трговинских веза" између ЕУ и Србије, којем је посвећен Наслов IV („Слободан проток робе"), чије је чланове, у идентичним формулацијама, преузео ПТС.[30] Отуда, ССП садржи и разрађена „Општа начела" (Наслов I), међу којима је и чл. 8, који предвиђа да ће се придруживање спроводити постепено и бити у потпуности остварено у прелазном периоду од највише шест година, као и Наслов II: „Политички дијалог" и Наслов III: „Регионална сарадња".

Наслов V ССП („Кретање радника, пословно настањивање, пружање услуга, кретање капитала") посвећен је осталим трима слободама и, поред неколико одредаба које се налазе и у ПТС,[31] обухвата: забрану дискриминације законито запослених радника по основу држављанства, обавезу очувања и, по могућности, побољшања постојећих, билатералним уговорима установљених, погодности у приступу запошљавању за раднике из Србије, опредељење за доношење правила за координацију система социјалног осигурања

---

[29] Уколико не буде „закочен" у некој држави чланици због политичког значаја који она придаје квалитету сарадње Србије са Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију. До момента предаје у штампу овог текста, ССП са Србијом је ратификован у Европском парламенту и у две трећине држава чланица ЕУ.

[30] Вид. фн. 21.

[31] Вид. фн. 22, у којој су наведене и одредбе ПТС из наслова VI, VIII и X ССП.

за, на територији државе чланице ЕУ, законито запослене раднике са држављанством Србије, национални или најповољнији третман у погледу пословног настањивања привредних друштава, укључујући право на стицање својине на непокретностима, слободно запошљавање кључног особља, опредељење за постепену либерализацију пружања услуга, слободно плаћање на текући рачун биланса плаћања између Србије и ЕУ у конвертибилној валути, слободно плаћање на капиталном рачуну и финансијском рачуну платног биланса којим се обезбеђује слободно кретање капитала који се односи на директне инвестиције, слободно кретање капитала који се тиче комерцијалних кредита, постепену либерализацију кретања капитала код портфолио инвестиција, право држављана ЕУ да стичу својину на непокретностима у Србији,[32] ограничавања у вези са јавним интересом, јавном сигурношћу и јавним здрављем, као и одредбу (чл. 68) по којој се *третман најповлашћеније нације не примењује на пореске повластице по основу пореских уговора* и потврђује да ниједна одредба овог наслова не спречава мере против избегавања или утаје пореза, нити спречава државу чланицу ЕУ или Србију да у примени пореских закона разликују обвезнике који нису у истој ситуацији с обзиром на њихово резидентство.[33]

У Наслову VI („Усклађивање прописа, примена права и правила конкуренције“), поред одредаба које се налазе и у ПТС, постоји чл. 72, којим се Србија обавезује да ће настојати да обезбеди *постепено усклађивање постојећих закона и будућег законодавства са правним тековима Уније*, а на основу програма договореног са Комисијом, при чему ће, већ у рâној фази, усклађивање бити усредсређено

---

32 Чл. 63, ст. 2 ССП предвиђено је да ће по ступању на снагу тог споразума Србија допустити држављанима држава чланица ЕУ да стичу својину над непокрет ностима у Србији, уз потпуну и целисходну примену постојећих поступака. У пе риоду од четири године од ступања на снагу ССП Србија ће постепено усклађивати своје законодавство, које се односи на стицање својине над непокретностима у Србији, како би држављанима држава чланица ЕУ осигурала исти третман као и својим држављанима. То значи да ће бити неопходно укинути дискриминатор ску меру, по којој се порез на пренос апсолутних права не плаћа на пренос права својине на стану или породичној стамбеној згради, односно својинском уделу на стану или породичној стамбеној згради физичком лицу које купује први стан (*купац првог стана*), под условом да је купац првог стана пунолетни држављанин Србије, са пребивалиштем на територији Србије. Вид. чл. 31а Закона о порезима на имо вину, *Службени гласник РС*, бр. 26/01; *Службени лист СРЈ*, бр. 42/02; *Службени гласник РС*, бр. 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10 и 24/11. Аналогна дискриминација страних држављана постоји и код пореза на додату вредност, чија се рефундација пружа пунолетном држављанину Србије, са пребивалиштем на територији Србије, који купује новоизграђени стан као свој први стан, а ускраћује странцу. Вид. чл. 56а Закона о порезу на додату вредност, *Службени гласник РС*, бр. 84/04, 86/04, 61/05 и 61/07.

33 У верзији ССП на српском језику погрешно се употребљава термин „пре бивалиште“ (којем би на енглеском језику одговарао израз *domicile*, а не *residence*).

на основне елементе правних тековина о унутрашњем тржишту, правосуђе, слободу и безбедност, као и на друга подручја везана за трговину. Наслов VI ССП садржи и одредбе о јавним набавкама, стандардизацији и акредитацији, заштити потрошача и условима рада и једнаким могућностима. Наслов VII има назив: „Правосуђе, слобода и безбедност“, а Наслов VIII: „Политике сарадње“. У њему је предвиђена сарадња између ЕУ и Србије у бројним областима (економска и трговинска политика, статистика, банкарство, осигурање и финансијске услуге, индустрија, пољопривреда, социјална политика, образовање, култура, информатичко друштво, транспорт, енергетика, животна средина, регионални развој, државна управа и др.), а на овом месту бисмо издвојили сарадњу у области опорезивања. Чл. 100 предвиђа да ће стране „*успоставити сарадњу на подручју опорезивања*, укључујући мере усмерене ка даљој реформи фискалног система и реструктуирању пореске управе ради осигурања делотворности убирања пореза и борбе против пореских превара. У оквиру сарадње узеће се у обзир приоритетне области[34] које се тичу правних тековина Уније у области пореза и у оквиру борбе против штетне пореске конкуренције. Елиминисање штетне пореске конкуренције треба да се обави на основу начела Кодекса понашања за пословна опорезивања, која је Савет усвојио 1. децембра 1997. године. Сарадња ће такође укључити побољшање транспарентности и борбу против корупције, укључујући размену информација са државама чланицама ради олакшавања извршења мера које спречавају пореску превару, утају пореза и избегавање пореза. Србија ће комплетирати мрежу билатералних споразума са државама чланицама у складу са последњим изменама *OECD* модела конвенције о порезима на приходе и капитал, као и на основу *OECD* модела споразума о размени информација у пореским стварима, у мери у којој су државе чланице преузеле обавезу према овим конвенцијама.“

Наслов IX ССП има назив: „Финансијска сарадња“ (пре би требало рећи: „помоћ“), а у Наслову X („Институционалне, опште и завршне одредбе“) нешто су разрађеније (у поређењу с одговарајућим нормама ПТС) одредбе о телима која надзиру примену и спровођење Споразума.

4. ПРИМЕНА И ТУМАЧЕЊЕ СПОРАЗУМА О ПРИДРУЖИВАЊУ ОД СТРАНЕ *ECJ*

Споразуми о стабилизацији и придруживању су, поновимо, мешовити споразуми, јер их закључују и ЕУ и њене државе чланице

[34] Приоритетне области ће утврдити Савет за стабилизацију и придруживање из чл. 119 ССП.

заједнички, а подлежу ратификацији како на нивоу Уније, тако и у државама чланицама. Из перспективе ЕУ, споразуми о стабилизацији и придруживању, у мери у којој дотичу Унију, представљају акте њених институција, у смислу чл. 267, ст. 1, тач. б СФЕУ (закључени су од стране Савета, по основу чл. 217 СФЕУ), те од момента ступања на снагу чине саставни део њених правних тековина (фр. *acquis communitaire*).[35] Због тога настаје могућност различитог тумачења ових извора права у ЕУ од тумачења у „трећим државама" – другој страни оваквих споразума, где они постају део националног правног поретка кроз поступак ратификације.

Иако споразуми о стабилизацији и придруживању предвиђају могућност да стране повере решавање спорова о примени и тумачењу споразума Савету за стабилизацију и придруживање[36] – телу које надзире примену и спровођење овог споразума („када настане спор између страна о тумачењу или примени овог споразума, било која страна ће поднети другој страни и Савету за стабилизацију и придруживање званични захтев да се предмет спора реши"[37]), *ECJ* – у оквирима својих компетенција из чл. 267 СФЕУ – прихвата надлежност за интерпретацију уговора са трећим државама. Тако је у случају *Chiquita Italia SpA*, тумачећи Споразум између држава Африке, Кариба и Пацифика и ЕЗ из Ломеа, који представља проширење споразума о придруживању, попут онога између ЕЗ и афричких држава и Мадагаскара из Јаундеа, Суд констатовао да чињеница да Споразум садржи посебан поступак решавања спорова између уговорних страна нема утицаја на признавање директног ефекта појединим његовим одредбама од стране Заједнице.[38] И у случају *Pabst & Richarz KG*, тумачећи Споразум о придруживању између ЕЗ и Грчке из 1962. године, *ECJ* је потпуно игнорисао паралелни механизам арбитражног решавања спорова из чл. 67 тог уговора и чл. 53, ст. 1 Споразума („ниједна уговорна страна неће уводити, директно или индиректно, на производе друге уговорне стране било какво унутрашње опорезивање које би било веће од опорезивања уведеног, директно или индиректно, на сличне домаће производе") и признао директни ефекат, пошто из формулације тога члана (сличне формулацији чл. 110, ст. 1 СФЕУ[39]) и из циљева и природе Споразума о придруживању произлази да та норма искључује националну меру државе чланице

[35] ECJ, Case C 181/73 (*Haegeman v. Belgium*) [1974] ECR 449, пар. 3 5.

[36] Вид. чл. 116 ССП с Албанијом, чл. 115 ССП са БиХ, чл. 108 ССП са Македонијом, чл. 119 ССП са Србијом, чл. 110 ССП са Хрватском и чл. 119 ССП са Црном Гором.

[37] Вид. чл. 130, ст. 1 ССП са Србијом.

[38] ECJ, Case C 469/93 (*Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Chiquita Italia SpA*) [1995] ECR I 4533, пар. 33 и 36.

[39] Ранији чл. 95, ст. 1 Римског споразума.

(Немачке) која пружа повољнији порески третман за домаћа алкохолна пића него за она увезена из Грчке. Овај члан садржи јасну и прецизну обавезу која, у својој примени или дејствима, не захтева усвајање накнадних мера.[40] Реафирмишући став о директном ефекту одредаба споразума о придруживању из случаја *Pabst & Richarz KG*, Суд је у одлуци поводом случаја *Demirel* прецизирао да ће се одредба таквог споразума сматрати непосредно примењивом „када, имајући у виду њену формулацију и сврху и природу сâмог споразума, одредба садржи јасну и прецизну обавезу која, у својој примени или дејствима, не захтева усвајање било какве накнадне мере".[41] Чак и оне одредбе споразума које се не могу директно применити (јер захтевају, рецимо, доношење додатних прописа за спровођење) могу бити предмет разматрања од стране *ECJ*, уколико држава чланица предузме радњу супротну тим одредбама.[42] Потребно је имати у виду и став *ECJ* да неравнотежа која постоји између уговорних страна у преузетим обавезама (на Унију их пада много више него на придружене државе), што је својствено посебној природи споразума о придруживању, не спречава ЕУ да неким његовим одредбама призна директан ефекат.[43]

ECJ се огласио надлежним и за тумачење аката тела установљених по основу међународних уговора са трећим државама, заузевши у случају *Sevince* став да одлуке Савета за придруживање, пошто су непосредно повезане са Споразумом о придруживању (са Турском), којег стављају у дејство, чине, на исти начин као и сâм Споразум, а од момента када су ступиле на снагу, интегрални део правног система Уније.[44] Другим речима, када Савет за стабилизацију и

[40] ECJ, Case C 17/81 (*Pabst & Richarz KG v. Hauptzollamt Oldenburg*) [1982] ECR 1331, пар. 27.

[41] ECJ, Case C 12/86 (*Meryem Demirel v. Stadt Schwäbisch Gmünd*) [1987] ECR 3719, пар. 14.

[42] *ECJ* је у случају *Tum and Dari* закључио да, иако одредба чл. 13 Спора зума о придруживању између ЕЕЗ и Турске, као ни одредба чл. 41, ст. 2 Додатног протокола уз тај споразум, немају директан ефекат (прва јер прокламује да ће се стране уговорнице руководити одговарајућим нормама из Конститутивног споразу ма у циљу укидања ограничавања слободе пословног настањивања између њих, а друга да ће Савет за придруживање одлучити о динамици и правилима за постепено укидање ових ограничавања), постоји основ за његову надлежност за утврђивање повреде обавеза које проистичу из Споразума (пошто је британска страна донела пропис којим се нарушава обавеза из чл. 41, ст. 1 Додатног протокола да се неће уво дити нове рестрикције права на пословно настањивање после ступања Протокола на снагу). Вид. ECJ, Case C 16/05 (*The Queen, Veli Tum and Mehmet Dari v. Secretary of State for the Home Department*) [2007] ECR I 7415, пар. 62 и 69.

[43] ECJ, Case C 469/93 (*Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Chiquita Italia SpA*) [1995] ECR I 4533, пар. 34.

[44] ECJ, Case C 192/89 (*S. Z. Sevince v. Staatssecretaris van Justitie*) [1990] ECR 3461, пар. 9 и 10.

придруживање (на пример, ЕУ – Србија) донесе одређену одлуку, њој ће се у праву ЕУ признати директан ефекат. Исто тако, национални судови држава чланица ЕУ моћи ће да траже прелиминарни став *ECJ* о усклађености са правом ЕУ и интерпретацијом овакве одлуке. Наравно, ово се не односи на националне судове друге уговорне стране („треће државе"). У крајњем исходу, могуће је да правно схватање *ECJ* буде друкчије од правног схватања Савета за стабилизацију и придруживање, што би водило закључку да су – из визуре права ЕУ – одлуке тога тела подређене општем систему права ЕУ. Како се на правне односе које уређују споразуми о придруживању примењују интерпретативне методе права ЕУ, чини се да то не може а да се не одрази на положај ових споразума у системима права придружених држава, посебно имајући у виду садржај, циљ и сврху тих уговора међународног јавног права. Иако је свака држава „власна" да изабере сопствени метод њихове примене и тумачења, као и да одреди њихов положај у унутрашњем правном поретку, у литератури се, с правом, примећује да би изједначавање споразума о придруживању с осталим уговорима међународног јавног права било управо супротно њиховом циљу и сврси – приближавању и, коначно, пуноправном чланству у ЕУ.[45]

Сличност, или чак идентичност у формулацијама одговарајућих одредаба СФЕУ и споразума о придруживању не значи, међутим, да ће их *ECJ* нужно тумачити на исти начин. У случају *Metalsa*, Суд се бавио интерпретацијом чл. 18 Споразума о придруживању између ЕЗ и Аустрије из 1972. године, који је имао идентичну формулацију као садашњи чл. 110 СФЕУ (забрана директног или индиректног увођења било каквог интерног опорезивања на производе из друге државе чланице, које би било веће од опорезивања директно или индиректно уведеног на сличне домаће производе). *ECJ* је заузео став да „проширење тумачења неке одредбе (Конститутивног – *Г.И.-П. и Д.П.*) споразума на упоредиво, слично или, чак, идентично формулисану одредбу уговора закљученог од стране Заједнице са државом која није чланица зависи, *inter alia*, од циља којем тежи свака од ових одредаба у свом посебном контексту. Упоређивање између циљева и контекста уговора и циљева и контекста Конститутивног споразума је у том погледу од значајне важности".[46] Ваља напоменути да чл. 31, ст. 1 Бечке конвенције о уговорном праву из 1969. године[47] предвиђа

[45] Вид. Siniša Rodin, „Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju u pravnom poretku Europske zajednice i Republike Hrvatske", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 3 4/2003, 7, *http://www.pravo.hr/ download/repository/Rodin Zbornik SSP.pdf*, 10. март 2011.

[46] ECJ, Case C 312/91 (*Metalsa*) [1993] ECR I 3751, пар. 11.

[47] СФР Југославија, чија је Србија један од сукцесора, ратификовала је Бечку конвенцију 1970. године, али је Уредба о ратификацији Бечке конвенције о уговор ном праву објављена у *Службеном листу СФРЈ Међународни уговори*, бр. 30/72.

да се уговор мора добронамерно тумачити, према уобичајеном смислу који се мора дати изразима у уговору у њиховом контексту и у светлости његовог предмета и његовог циља. Циљ СФЕУ, када је у питању чл. 110, представља установљавање заједничког тржишта, што подразумева елиминацију свих препрека за трговину како би се национална тржишта спојила у јединствено тржиште, стварајући услове што је могуће ближе онима на правом унутрашњем тржишту. То, међутим, није циљ Споразума о придруживању између ЕЗ и Аустрије: он је требало да консолидује постојеће економске односе и да обезбеди, обраћајући пажњу на правичне услове конкуренције, хармоничан развој трговине. Отуда, национални пропис који предвиђа строже казне за прекршаје, који се тичу ПДВ на увоз, од казни за прекршаје, који се тичу ПДВ на домаће испоруке добара, није инкомпатибилан с одредбом чл. 18 Споразума о придруживању (мада јесте у супротности с одредбом чл. 110 СФЕУ).[48]

Разлике у циљу могу да доведу и до различитог тумачења два споразума о придруживању,[49] мада је Суд у случају *Simutenkov* показао да се сличне формулације одговарајућих чланова два споразума чији су циљеви *per definitionem* различити (Споразума о партнерству ЕУ – Русија из 1997. године и Споразума о придруживању између ЕЗ и Словачке из 1994. године) могу на исти начин интерпретирати: „Ни на који начин не произлази из контекста или циља овог споразума о партнерству да му је била намера да прида забрани ‘дискриминације засноване на држављанству, која се односи на услове рада ... у поређењу са властитим држављанима (држава чланица)’, неко друкчије значење од оног које произлази из обичног смисла тих речи.“[50] Међутим, имајући у виду ова упозорења, у настојању да антиципирамо став *ECJ* у погледу тумачења ССП са Србијом, чини се значајном његова одлука из случаја *Kondova*, која се односи на начело недискриминације из чл. 45, ст. 1 Споразума о придруживању између ЕЗ и Бугарске. Њоме је утврђено да одредба, по којој ће „свака држава чланица за пословно настањивање бугарских компанија и држављана и за пословање бугарских компанија и држављана на својој територији пружати третман који није мање повољан од онога који је пружен сопственим компанијама и држављанима...“, има директан ефекат. Суд је констатовао да је формулација тог члана јасна, прецизна и дата без условљавања, да не захтева било какву додатну имплементациону меру, а да је циљ Споразума установљавање придруживања конципираног тако да промовише унапређење трговине и хармоничних економских односа између страна уговорница

48 ECJ, Case C 312/91 (*Metalsa*) [1993] ECR I 3751, пар. 15, 16, 20 и 21.

49 S. Rodin, 8.

50 ECJ, Case C 265/03 (*Simutenkov*) [2005] ECR I 2579, пар. 36.

да би се поспешио динамичан економски развој и просперитет Бугарске, у намери да се олакша њено приступање Унији.[51] Чл. 45, ст. 1 Споразума о придруживању између ЕЗ и Бугарске конструисан је да би установио, у оквиру поља примене Споразума, прецизан и безуслован принцип, који је довољно оперативан да би се применио од стране националног суда и који је отуда у стању да регулише правни положај физичких лица. Директни ефекат, који се стога мора признати тој норми, значи да бугарски држављани који се на њу ослањају имају право да се на њу позову пред судом државе чланице у којој се настањују, без обзира на то што власти те државе задржавају надлежност да на те држављане примењују своје националне законе и уредбе који се односе на улазак, боравак и пословно настањивање, сагласно чл. 59, ст. 1 овог споразума.[52]

Уколико се, пак, анализи подвргне формулација чл. 53, ст. 2, тач. а ССП са Србијом,[53] закључујемо да би *ECJ* могао опет констатовати да је она (истина, само у погледу компанија, а не и физичких лица[54]) јасна, прецизна и дата без условљавања, да не захтева било какву додатну имплементациону меру, а да се циљ Споразума препознаје кроз увереност да ће Споразум „створити нову климу за привредне односе између њих (уговорних страна – *Г.И.-П. и Д.П.*), и изнад свега, за развој трговине и улагања...“[55] и обезбедити „унапређивање складних економских односа ... између Заједнице и Србије“,[56] те „да у највећој могућој мери интегрише Србију у политичке и привредне токове Европе ... (узимајући у обзир – *Г.И.-П. и*

[51] Закључак о директној примењивости чл. 45, ст. 1 Споразума о придруживању са Бугарском не оспорава чл. 59, ст. 1 тог споразума, који предвиђа само да власти држава чланица имају надлежност да, поштујући лимите установљене Споразу мом, примене своје домаће законе и уредбе који уређују улазак, боравак и пословно настањивање. Отуда се тај члан не односи на примену од стране држава чланица одредаба Споразума о придруживању које регулишу пословно настањивање и није му намера да имплементацију или дејства обавезе једнаког третмана из чл. 45, ст. 1 Споразума подвргне усвајању додатних домаћих мера.

[52] ECJ, Case C 235/99 (*Secretary of State for the Home Department v. Eleanora Ivanova Kondova*) [2001] ECR I 06427, пар. 33 39.

[53] „Заједница и њене државе чланице ће, након ступања на снагу овог спора зума, одобрити: а) у погледу пословног настањивања српских привредних друштава, положај који није мање повољан од положаја који државе чланице дају својим при вредним друштвима или било којем друштву из било које треће државе, који год је бољи“.

[54] Чл. 53, ст. 4 ССП са Србијом: „Четири године након ступања на снагу овог споразума, Савет за стабилизацију и придруживање утврдиће начине за проширење претходних одредаба на пословно настањивање држављана Заједнице и држављана Србије ради започињања привредне делатности као самозапослених лица“.

[55] Алинеја 13 Преамбуле ССП са Србијом.

[56] Чл. 1, ст. 2, тач. 6 ССП са Србијом.

Д.П.) и њен статус потенцијалног кандидата за чланство у ЕУ...“.[57] Из оваквог резоновања, које је аналогно резоновању из случаја *Kondova*, могао би да произађе закључак да поменута норма такође има директан ефекат.

Скрећемо пажњу на околност да многе одредбе споразума о придруживању, укључујући ССП са Србијом, не садрже „јасну и прецизну обавезу која, у својој примени или дејствима, не захтева усвајање било какве накнадне мере“ – што би, по схватању *ECJ*, представљало предуслов за њихов директни ефекат.[58] Отуда би неке одредбе о слободи пословног настањивања или слободи кретања капитала из оваквих споразума Суд могао да прогласи непосредно примењивима, а неке не.[59]

Са гледишта права ЕУ, слобода кретања капитала је у екстерним ситуацијама (држава чланица – придружена држава) начелно заштићена двојако: кроз чл. 63 СФЕУ (који прописује да су забрањена сва ограничавања у кретањима капитала између држава чланица, али и између држава чланица и трећих држава) и кроз одговарајуће одредбе споразума о придруживању.[60] При томе, државе чланице ЕУ морају обезбедити заштиту слободе кретања капитала по оба основа, а државе које се придружују ЕУ само по основу ССП. Заштита на терену чл. 63 СФЕУ изложена је одређеним искушењима, од којих је највеће оно које произлази из преклапања слободе кретања капитала са слободом пословног настањивања (која се не простире на односе са трећим државама) и склоности *ECJ* да путем приступа „главног аспекта“ проглашава слободу пословног настањивања примарном када су у питању директне инвестиције.[61] Заштита на терену ССП је, пак, ужа по обухвату од оне коју пружа СФЕУ, јер је слобода кретања капитала у споразумима те врсте, по правилу, сведена на директне инвестиције у почетним годинама њихове примене: „У погледу трансакција на капиталном рачуну и финансијском рачуну платног биланса након

[57] Алинеја 3 Преамбуле ССП са Србијом. Циљ ПТС није, међутим, исти као циљ ССП: Норма првог мора се тумачити у светлу „обезбеђивања развоја трговинских веза“ и „што брже могуће имплементације одредаба ССП о трговини и трговинским питањима“, док се норма другог, поновимо, мора тумачити у контексту придруживања, чији је крајњи циљ укључивање Србије у унутрашње тржиште Уније.

[58] Упор., на пример, чл. 53, ст. 4 ССП (слобода пословног настањивања физичких лица).

[59] Вид. Justinas Basalykas, „The Free Movement of Capital and the Freedom of Establishment in Association and Partnership Agreements“, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* (eds. Sabine Heidenbauer, Birgit Stürzlinger), Linde Verlag, Vienna 2010, 447.

[60] То су чл. 62 64 ССП са Србијом.

[61] Вид. Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2008, 59 60.

ступања на снагу овог споразума, стране ће осигурати слободно кретање капитала који се односи на директна улагања у привредна друштва ..., као и ликвидацију или рапатријацију тих улагања и било какве добити која из њих произлази.“[62] Може се очекивати да би *ECJ* могао да појму „директна улагања“ из ССП дâ значење које му придаје у предметима унутар ЕУ, које се, пак, заснива на појашњавајућим белешкама уз Директиву 88/361/*EEC*.[63] Национални судови држава које се придружују нису, наравно, обавезани оваквом јуриспруденцијом *ECJ*, мада постоје разлози који упућују на то да би се и у њиховој пракси оваква дефиниција могла прихватати, о чему ће касније бити више говора. За активирање слободе кретања портфолио инвестиција (и финансијских зајмова и кредита са роком доспелости краћим од годину дана) – у односу на које *ECJ* нема дилеме да спадају под слободу кретања капитала – обично се оставља одређени прелазни период: у ССП са Србијом, Хрватском и Македонијом – четири године од дана ступања на снагу тога споразума (тај рок је истекао у случају две последње државе), а с Албанијом и БиХ – пет година. Једино је у ССП са Црном Гором предвиђено да ће стране уговорнице ступањем на снагу овог споразума осигурати и слободно кретање капитала које се односи на портфолио инвестиције (као и на финансијске зајмове и кредите с роком доспелости краћим од годину дана).

5. ПРИМЕНА И ТУМАЧЕЊЕ СПОРАЗУМА О ПРИДРУЖИВАЊУ ОД СТРАНЕ ТРЕЋИХ ДРЖАВА

У придруженим државама би, уколико се питање интерпретације споразума о стабилизацији и придруживању појави пред домаћим судом, тај суд морао сâм решити спор, јер не постоји могућност да се покрене поступак из чл. 267 СФЕУ. Начелно, свака страна уговорница упутиће Савету за стабилизацију и придруживање сваки спор који се тиче примене или тумачења овог споразума, а одлуке Савета су обавезујуће.[64] Наравно, као што *ECJ* преузима надлежност у погледу одлука тела установљених споразумима о придруживању, тако се и национални суд придружене државе може, у складу са законом, о њима изјашњавати. Чл. 16, ст. 2 Устава Србије, предвиђајући да су „општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни ... део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују, (при чему – *Г.И.-П. и Д.П.*)

---

[62] Вид. чл. 63, ст. 1 ССП са Србијом, као и чл. 61, ст. 1 ССП с Албанијом, чл. 61, ст. 1 ССП са БиХ, чл. 59, ст. 1 ССП са Македонијом, чл. 60, ст. 1 ССП са Хрват ском и чл. 63, ст. 1 ССП са Црном Гором.

[63] ECJ, Case C 222/97 (*Trummer and Mayer*) [1999] ECR I 1661, пар. 21 и 22.

[64] Вид., на пример, чл. 129, ст. 3 и чл. 130, ст. 3 ССП са Србијом.

потврђени међународни уговори морају бити у складу с Уставом“,[65] установио је принцип директне примењивости међународних уговора – дакле, и ССП. Чл. 142, ст. 2 Устава Србије налаже да „судови ... суде на основу Устава, закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, општеприхваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора“. Коначно, чл. 194, ст. 5 Устава Србије прописује да „закони и други општи акти донети у Републици Србији не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права“.

Наведене одредбе Устава Србије указују да непосредна примена ССП, када буде ступио на снагу, не би требало да буде спорна. Када је у питању примена одлука Савета за стабилизацију и придруживање, у складу с одредбом чл. 129, ст. 3 ССП, ове одлуке имају обавезујуће дејство. Директну примену ратификованих међународних уговора од стране домаћих судова требало би да охрабри Уставни суд Србије, који је констатовао да у решавању уставног спора има у виду „и релевантне потврђене међународне уговоре, а који су, сагласно одредби чл. 16, ст. 2 Устава, саставни део поретка Републике Србије и непосредно се примењују“, те у том контексту утврдио да одредбе чл. 47 Закона о локалним изборима нису у сагласности с Уставом и потврђеним међународним уговорима.[66] Уосталом, преузимајући норму Устава, чл. 1, ст. 2 Закона о судијама[67] предвиђа да „судија суди и пресуђује на основу Устава, закона и других општих аката, потврђених међународних уговора, општеприхваћених правила међународног права“.

Придружене државе могу изабрати метод примене одредаба споразума о придруживању све док своје обавезе испуњавају у доброј вери. *ECJ* је у случају *Kupferberg* заузео став да се, у складу с општим правилима међународног права, сваки споразум мора извршавати *bona fide*. Иако је свака страна уговорница одговорна за потпуно извршење преузетих обавеза, она је ипак слободна да одреди правна средства која су одговарајућа за остваривање тог циља у својем правном систему, уколико споразум, протумачен у светлу свога садржаја и циља, сâм не спецификује та средства. Уз ову резерву, чињеница да судови једне од страна сматрају да неке од обавеза из споразума јесу директно примењиве, док судови друге стране не признају овакву директну примену, сâма по себи не представља одсуство реципроцитета у спровођењу споразума.[68]

[65] Готово истоветну формулацију садржи и чл. 194, ст. 4 Устава Србије.

[66] Уставни суд Србије, Одлука IУз бр. 52/2008, од 21. априла 2010. године.

[67] *Службени гласник РС*, бр. 116/08, 58/09, 104/09 и 101/10.

[68] ECJ, Case C 104/81 (*Hauptzollamt Mainz v. C. A. Kupferberg & Cie K. G. a. A.*) [1982] ECR 3641, пар. 18.

Из специфичног садржаја ССП и одлука тела установљених тим споразумима произлази да неке њихове одредбе није могуће применити ако се претходно не протумаче у контексту правних тековина ЕУ. Чл. 73, ст. 2 ССП са Србијом (као и чл. 70, ст. 2 ССП са Хрватском), који се односи на конкуренцију и остале економске одредбе, предвиђа да ће се свако поступање супротно овом члану оцењивати на основу критеријума који проистичу из правила конкуренције која се примењују у ЕУ, нарочито чл. 101, 102, 106 и 107 СФЕУ и инструмената тумачења које су усвојиле институције ЕУ. Ова одредба указује „да придружене државе примењују не само правила Заједнице о тржишној конкуренцији, већ и интерпретативне инструменте које су развиле институције Заједнице. На тај начин се правне тековине европског права уводе у однос који придружене државе схватају у основи као однос уређен међународним правом. Стога је изузетно тешко помирити захтеве интерпретације и примене споразума о придруживању са захтевима интерпретације и примене традиционалних уговора међународног права“.[69]

Важно је запазити и да уговори о придруживању ЕУ, укључујући ССП са Србијом, садрже обавезу усклађивања националног законодавства са правним тековинама ЕУ. Карактеристична је, у том контексту, одредба чл. 72, ст. 1 и 2 ССП, по којој: (1) Стране признају важност усклађивања важећег српског законодавства са законодавством Заједнице и његове делотворне примене. Србија ће настојати да обезбеди постепено усклађивање постојећих закона и будућег законодавства са правним тековинама Заједнице. Србија ће обезбедити да ће важеће и будуће законодавство бити правилно примењено и спроведено. (2) *Усклађивање ће започети на дан потписивања Споразума* и постепено ће се проширивати на све елементе правних тековина Заједнице на које упућује овај споразум до краја прелазног периода од највише шест година.

Обавезу хармонизације узима у обзир не само *ECJ*, него на њу указују и поједини судови придружених држава при тумачењу и примени споразума о придруживању и одлука тела основаних у складу са тим споразумима. Тако је Уставни суд Пољске својевремено одлучио да, иако, наравно, право ЕЗ нема правну снагу у Пољској, треба имати у виду важност обавезе хармонизације пољских закона са правним тековинама ЕЗ, преузете Споразумом о придруживању између Пољске и ЕЗ. Уставни суд је сматрао да обавеза да се осигура усклађеност законодавства (коју првенствено имају Парламент и Влада) има за последицу и обавезу (која пада на судове) да се постојеће

69 S. Rodin, 10 11.

законодавство тумачи на такав начин да се обезбеди највећи могући степен усклађености.[70]

Из свега овог можемо закључити да би национални судови придружених држава морали тумачити национално право у складу са споразумом о стабилизацији и придруживању, узимајући у обзир правне тековине ЕУ, укључујући схватања *ECJ*.[71] Пошто у правном поретку Србије потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права имају непосредан учинак, монистички однос националног и међународног права[72] *a fortiori* значи исти такав однос националног и европског права. Будући да се у хијерархији општих правних аката међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права налазе изнад закона, а у светлу чл. 72 ССП, судови и други државни органи имају обавезу тумачења постојећег права у складу са начелом *favor conventionis*. Како и одлуке Савета за стабилизацију и придруживање чине део правног поретка Србије, не постоје правне препреке за признавање њиховог непосредног дејства, под условом да су јасне, недвосмислене и безусловне, те да садрже јемство неког субјективног права.[73]

6. КРАТКОРОЧНЕ ИМПЛИКАЦИЈЕ СТУПАЊА НА СНАГУ ССП СА СРБИЈОМ НА ТЕРЕНУ ДИРЕКТНИХ ПОРЕЗА

Уколико *ECJ* за неку оспорену меру утврди да има ограничавајуће дејство на основне слободе, он прво трага за могућим оправдањима. Тако, чл. 45 ССП са Србијом предвиђа да „овај споразум не спречава забране или ограничења увоза, извоза или транзита робе

---

70 Вид. Zdenek Kühn, „Making a European Transnational Constitution: Some Central European Perspectives", 10, *http://www.ecln.net/elements/conferences/book prag/KuhnFinal.pdf*, 20. март 2011.

71 S. Rodin, 12.

72 Према монистичком схватању, међународно и унутрашње право део су једног система, у којем постоји хијерархија (примат међународног права). Пре ма дуалистичком схватању   које одговара старијим међународним уговорима   међународно и унутрашње право су два одвојена правна система, те држава која закључи међународни уговор преузету обавезу према другој страни уговорници испуњава мењајући своје законодавство: тако створене норме унутрашњег права, а не сâме међународне норме, постају извор права и обавеза лица под суверените том те државе. Вид. Војин Димитријевић *et al.*, *Основи међународног јавног права*, Београдски центар за људска права, Београд 2005, 64 65; Драшко Ђуровић, „Однос унутрашњег и међународног права у правном поретку Републике Србије", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2009, 339 342.

73 Вид. S. Rodin, 16. У Хрватској је, међутим, донет Закон о спровођењу ССП, који, супротно монистичком приступу који заступа Устав, прихвата радикално дуалистичко схватање, према којем одлуке Савета за стабилизацију и придруживање морају бити потврђене од стране Владе.

оправдане на основу јавног морала, јавног интереса или јавне безбедности; заштите здравља и живота људи, животиња или биљака; заштите националног блага уметничке, историјске и археолошке вредности или заштите интелектуалне, индустријске и комерцијалне својине или правила која се односе на злато и сребро. Међутим, ове забране или ограничења неће бити средства произвољне дискриминације или прикривеног ограничења трговине између страна“.[74]

У ССП се налазе и одредбе којима се странама уговорницама допушта да могу да усвоје и примењују мере са циљем спречавања пореске евазије. Тако, чл. 68, ст. 2 и 3 ССП са Србијом (а идентична норма се среће и у осталим ССП) прописује да се „ниједна одредба овог наслова неће... тумачити као спречавање страна да усвоје или изврше било коју меру чији је циљ спречавање избегавања или утаје пореза у складу с пореским одредбама споразума о избегавању двоструког опорезивања и других пореских договора или домаћег фискалног законодавства. Ниједна од одредаба овог наслова неће се тумачити као спречавање држава чланица или Србије да у примени релевантних одредаба својих пореских законодавстава разликују пореске обвезнике који нису у истој ситуацији, нарочито с обзиром на њихово резидентство“. [75]

Из перспективе *ECJ*, циљ и контекст датог ССП имају важну улогу у примени оправдања за одређену рестриктивну меру. Споразуми о придруживању усмерени су ка ужем циљу од конститутивних споразума, те је простор за прихватање одређене рестриктивне мере за оправдану шири. У случају *Polydor*, *ECJ* је констатовао да се „у контексту Споразума (о придруживању са Португалијом – *Г.И.-П. и Д.П.*) ограничавања у трговини добрима могу... сматрати оправданим по основу заштите индустријске и комерцијалне својине у ситуацији у којој се не би могла правдати унутар Заједнице“.[76] Овакво резоновање *ECJ* би могао применити и на случајеве ограничавања слободе кретања капитала из чл. 63 СФЕУ када су у питању треће државе.[77]

74 Иста одредба налази се и у чл. 42 ССП с Албанијом, чл. 43 ССП са БиХ, чл. 41 ССП са Македонијом, чл. 42 ССП са Хрватском и чл. 45 ССП са Црном Го ром.

75 У верзији на српском језику стоји погрешно „пребивалиште“, на шта је претходно у раду већ указано. Иста се грешка јавља и у чл. 65, ст. 3 ССП са Хрват ском, у верзији на хрватском језику, што упућује на закључак да су се каснији ре дактори споразума (српски) превасходно трудили да „екавизују“ хрватски „модел“, превиђајући озбиљну омашку која је промакла хрватским редакторима. И црногор ски и босанско херцеговачки редактори упали су у исту замку.

76 ECJ, Case C 270/80 (*Polydor Limited and RSO Records Inc. v. Harlequin Records Shops Limited and Simons Records Limited*) [1982] ECR 329, пар. 19.

77 Вид. ECJ, Case C 446/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*) [2006] ECR I 11753, пар. 170 и 171.

Поменута ограда садржана у чл. 68, ст. 3 ССП са Србијом – да се ниједна одредба Наслова V („Кретање радника, пословно настањивање, пружање услуга, кретање капитала“) неће тумачити као спречавање држава чланица или Србије да у примени релевантних одредаба својих пореских законодавстава разликују пореске обвезнике који нису у истој ситуацији, нарочито с обзиром на њихово резидентство – има различите, широке домете. Између осталог, *ECJ* је у одлуци у случају *Saint-Gobain* подсетио да „у случају уговора о избегавању двоструког опорезивања између државе чланице и државе која није чланица, принцип националног третмана налаже држави чланици која је страна у том уговору да пружи сталним пословним јединицама нерезидентних компанија предности које обезбеђује уговор, под истим условима као што су они који се примењују на резидентне компаније“.[78] Уколико нека држава чланица ЕУ, која са Србијом има уговор о избегавању двоструког опорезивања, који садржи норму засновану на чл. 24, ст. 3 Модел-конвенције *OECD*,[79] а није огранку компаније која је резидент Србије, лоцираном на територији те државе чланице, пружила погодности које обезбеђује уговор, под истим условима као што су они који се примењују на резидентне компаније, она то неће морати да учини под претњом ССП са Србијом, јер „у примени релевантних одредаба својег пореског законодавства може да разликује пореске обвезнике који нису у истој ситуацији, нарочито с обзиром на њихово резидентство“. Обрнуто важи *mutatis mutandis* и за Србију.

Поставља се, међутим, питање различитог третмана портфолио инвестиција у иностранству српских резидентних компанија у односу на њихове директне инвестиције. Наиме, право на индиректни порески кредит, као и на директни порески кредит у односу на плаћен порезу по одбитку,[80] припада резидентном обвезнику пореза на добит правних лица само уколико поседује најмање 25% акција, односно удела нерезидентне филијале – исплатиоца дивиденди, и то непрекидно у периоду од најмање годину дана који претходи подношењу финансијских извештаја.[81] Портфолио инвеститори, као и директни инвеститори чије је учешће у капиталу нерезидентне компаније мање од 25%, немају то право и подлежу економском двоструком

[78] ECJ, Case C 307/97 (*Saint Gobain*) [1999] ECR I 6161, пар. 59. Упор. Дејан Поповић, Гордана Илић Попов, „Право Европске уније о директним порезима и треће државе“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011.

[79] Упор. *Model Tax Convention on Income and on Capital*, *OECD*, Paris 2008, 291 301.

[80] Вид. Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 356 357.

[81] Вид. чл. 52 и 53 Закона о порезу на добит правних лица, *Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 43/03, 84/04 и 18/10.

опорезивању типа III.[82] Будући да су „жртве" неједнаког третмана инвеститори – резиденти Србије, проблем дискриминације се овде *prima facie* не поставља.[83] Али, зато, стална пословна јединица нерезидентне компаније, лоцирана у Србији, која држи акције или уделе у нерезидентним филијалама, нема право на ове пореске кредите, без обзира на висину учешћа, па би се питање дискриминације могло релативно лако отворити.

У обрнутој ситуацији, када је страно правно лице инвестирало у компанију – резидента Србије (независно од тога да ли се ради о директним или о портфолио инвестицијама), постоји обавеза плаћања пореза по одбитку по стопи од 20% кадгод резидентна компанија исплаћује дивиденде[84] нерезидентном обвезнику (правном лицу).

С обзиром на то да српско пореско право предвиђа методу изузимања у случају када су исплатилац и прималац дивиденди резидентна правна лица (без обзира на висину учешћа у капиталу исплатиоца),[85] дилема постоји у ситуацији када акције, односно уделе у резидентном привредном друштву држи стална пословна јединица нерезидентног обвезника, па долази до исплате дивиденде: питање је да ли право на изузимање међукомпанијских дивиденди, које припада резидентној матичној компанији, треба да припадне и огранку предузећа друге државе – у овом контексту чланице ЕУ? Мишљења смо да би требало имати у виду да је циљ поменуте афилијационе привилегије[86] избегавање економског двоструког опорезивања типа III дивиденди и да би трошак тог посебног третмана требало да сноси држава резидентства компаније – примаоца дивиденди, а не држава у којој се налази стална пословна јединица – „непосредни прималац" дивиденде. Штавише, држава резидентства матичне компаније може да опорезује дивиденду када се она даље буде расподељивала акционарима, што држава у којој се налази стална пословна јединица не може да чини, те је зато не треба оптерећивати губитком пореских прихода због пружања афилијационе привилегије таквој сталној пословној јединици.[87]

---

[82] Вид. Д. Поповић, 211.

[83] Међутим, дискриминисани су и страни инвеститори, јер их ова мера обесхрабрује да свој капитал набаве у Србији.

[84] Као и камате, ауторске накнаде, закупнину или приходе по основу извођења естрадног, забавног, уметничког, спортског или сличног програма у Србији, који нису опорезовани као доходак физичког лица (извођача, музичара, спортисте и сл.).

[85] Вид. чл. 25 Закона о порезу на добит правних лица.

[86] Вид. Д. Поповић, 356.

[87] Постоје и аргументи у прилог пружању афилијационе привилегије сталној пословној јединици нерезидентног матичног предузећа. Упор. параграф 49 коментара уз чл. 24, ст. 3 *Model Tax Convention on Income and on Capital*, *OECD*, Paris 2008.

Неједнак третман, међутим, постоји уколико стална пословна јединица нерезидентног предузећа оствари добит пословањем у иностранству, а нема право на кредит за порез плаћен на ту добит у иностранству – право које, иначе, припада резидентном обвезнику.[88]

Коначно, у светлу одлуке *ECJ* у случају *FII Group Litigation*, требало би размотрити решење из српског пореског права по којем се, када су исплатилац и прималац дивиденди резидентна правна лица примењује метода изузимања (афилијационе привилегије), а када је исплатилац нерезидент, а прималац резидент метода индиректног пореског кредита, и то само ако је испуњен услов у погледу учешћа (најмање 25% акција или удела) и у погледу дужине холдинг периода (најмање година дана од дана подношења биланса). Суд је, у интракомунитарном контексту, констатовао да аналогно решење из британског права не нарушава слободу пословног настањивања, уколико пореска стопа која се примењује на дивиденде чији је извор у иностранству није виша од стопе која се примењује на дивиденде чији је извор у земљи и уколико је порески кредит барем једнак износу плаћеном у држави чланици ЕУ чија компанија врши расподелу, али до лимита пореза који разрезује држава чланица ЕУ чија је компанија прималац дивиденди. Када је реч о слободи кретања капитала, она је, у начелу, нарушена у случају када резидентна компанија прима дивиденде од нерезидентне компаније у којој има учешће мање од 10%, јер тада нема право на индиректни порески кредит, а Суд није нашао разлоге који би оправдали овакву британску меру.[89]

Такав закључак би се, *mutatis mutandis*, могао применити на опорезивање међукомпанијских дивиденди према српском пореском праву: једино је простор за потенцијално нарушавање слободе кретања капитала шири, јер су, за разлику од британских решења оспораваних у случају *FII Group Litigation*, ограничавајуће мере у српском законодавству успостављене чим је учешће у нерезидентној филијали мање од 25%, за разлику од британског лимита од 10%.[90] У поступку хармонизације, после ступања на снагу ССП, ово ограничавање, које обесхрабрује српске инвестиције у иностранству (дакле, и у државама чланицама ЕУ), али и стране (европске) инвеститоре да свој капитал набаве у Србији, требало би, у начелу, уклонити. Када су упитању директне инвестиције, чл. 63, ст. 1 ССП налаже да обе стране осигурају одмах по ступању Споразума на сна-

[88] Вид. чл. 51 Закона о порезу на добит правних лица.

[89] ECJ, Case C 446/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*) [2006] ECR I 11753, пар. 47 57, 65 и 157.

[90] Компанија резидент Србије чије је учешће у нерезидентној филијали мање од 25% лишена је не само права на индиректни порески кредит, него и на кредит за порез по одбитку који је филијала платила, што није случај у британском праву.

гу слободу кретања капитала; у ст. 3 овог члана предвиђено је да се слобода кретања капитала у односу на портфолио инвестиције обезбеди након четири године. Како је граница од 25% учешћа превисока да би се улагања у распону од, рецимо, 10% до 25% могла сматрати портфолио инвестицијама, могуће је да већ у првом стадијуму примене ССП буде оспорено решење из српског пореског права о ускраћивању права на порески кредит (како индиректни, тако и директни) у случају дивиденди које матична компанија – резидент Србије прима од своје филијале – резидента државе чланице ЕУ као ограничавање слободе кретања капитала. По истеку четири године од дана ступања ССП на снагу, слобода кретања капитала прошириће се на портфолио инвестиције – оне код којих је учешће мање од, рецимо, 10%. Могуће је да не постоје оправдања да се порески кредит (како индиректни, тако и директни) настави да ускраћује дивидендама које, под овим условима, компанија – резидент Србије прима из државе чланице ЕУ. Истина, статус одређене српске инвестиције, код које је учешће у капиталу филијале – резидента државе чланице ЕУ веће од 10%, а мање од 25%, одређиваће се у арбитражном поступку из Протокола 7 уз ССП, а не пред *ECJ*. Такође је потребно имати у виду да у српском пореском праву праг од 25% за индиректни порески кредит постоји од 1. јануара 1992. године,[91] а за директни порески кредит од 9. јула 1994. године,[92] што отвара питање реципроцитета уколико би државе чланице ЕУ одлучиле да се позову на ограничавање слободе кретања капитала између држава чланица и трећих држава из чл. 63, ст. 1 СФЕУ, које, у тзв. „затеченим" ситуацијама, допушта чл. 64, ст. 1 СФЕУ: „Одредбе чл. 63 немају утицаја на примену на треће земље свих ограничавања која су на дан 31. децембра 1993. године постојала у националном праву[93] или праву Уније, усвојених у односу на кретање капитала у треће земље или из њих, које обухвата директне инвестиције, укључујући улагања у непокретности, пословне јединице, пружање финансијских услуга или пуштање хартија од вредности на тржишта капитала".

91 Чл. 45, у вези са чл. 44 Закона о порезу на добит корпорација, *Службени гласник РС*, бр. 76/91.

92 Чл. 51, у вези са чл. 50 Закона о порезу на добит корпорација, *Службени гласник РС*, бр. 43/94.

93 Када су у питању Шведска, Аустрија и Финска, које су постале чланице ЕУ 1. јануара 1995. године, Кипар, Малта, Пољска, Чешка, Словачка, Летонија, Литванија и Словенија, које су постале чланице ЕУ 1. маја 2004. године, као и Румунија, која је постала чланица ЕУ 1. јануара 2007. године, *ECJ* је у случају *Skatteverket v. A* заузео став да 31. децембар 1993. године представља датум према којем се и за те државе одређује „затечено стање" у смислу чл. 64, ст. 1 СФЕУ, без обзира на то што су касније приступиле Унији. Вид. ECJ, Case C 101/05 (*Skatteverket v. A*) [2007] ECR I 11531, пар. 52. Изричитом одредбом чл. 64, ст. 1 *in fine* СФЕУ прописано је да је релевантан датум у националном праву Бугарске, Естоније и Мађарске 31. децембар 1999. године.

7. ЗАКЉУЧАК

Спроведена анализа показала је да споразуми о придруживању (у новијој терминологији: *споразуми о стабилизацији и придруживању*), као и акти тела установљених по основу ових споразума (на пример, Савета за стабилизацију и придруживање), из перспективе ЕУ чине саставни део *acquis*-а. *ECJ* признаје директан ефекат некој одредби ССП када, имајући у виду њену формулацију, те сврху и природу споразума, она садржи јасну и прецизну обавезу која, у својој примени или дејствима, не захтева усвајање било какве накнадне мере. Када су у питању одлуке Савета за стабилизацију и придруживање, могуће је да правно схватање *ECJ* буде друкчије од правног схватања тога тела, што би водило закључку да су – посматрано из угла права ЕУ – одлуке Савета подређене општем систему права ЕУ. *ECJ*, међутим, нема надлежност у придруженим државама, у чији правни поредак ССП улази по окончању поступка ратификације, ступајући на снагу даном који је предвиђен сâмим споразумом. У државама (попут Србије) у којима се прихвата монистички однос националног и међународног права, потврђени ССП ће имати непосредно дејство, а у хијерархији општих правних аката налазиће се изнад закона. Придружене државе могу изабрати метод примене одредаба споразума о придруживању све док своје обавезе испуњавају у доброј вери, а одлуком у случају *Kupferberg* то је, као неспорно, потврдио и *ECJ*. Но, из специфичног садржаја ССП и одлука Савета за стабилизацију и придруживање произлази да неке њихове одредбе у придруженим државама није могуће применити ако се претходно не протумаче у контексту правних тековина ЕУ. Штавише, споразуми о придруживању садрже обавезу усклађивања националног законодавства са правним тековинама ЕУ, па не изненађује став Уставног суда Пољске (из периода када је та земља имала статус придружене државе) да, иако право ЕЗ нема правну снагу у Пољској, треба имати у виду важност обавезе хармонизације националних закона са правним тековинама ЕЗ, што има за последицу и обавезу да судови постојеће законодавство тумаче на такав начин да се обезбеди највећи могући степен усклађености.

У разматрању краткорочних последица које ће ступање на снагу ССП имати на терену директних пореза у Србији, а полазећи од важећег српског законодавства, указали смо на дискриминацију у Србији лоциране сталне пословне јединице правног лица – резидента државе чланице ЕУ, која држи акције или уделе у нерезидентним филијалама, пошто она нема право на кредит за порез плаћен у иностранству на добит из које су јој исплаћене дивиденде, нити за порез по одбитку на сâме дивиденде, без обзира на висину учешћа у капиталу исплатиоца, док компанија – резидент Србије то право има, уко-

лико је њено учешће у капиталу нерезидентног исплатиоца најмање 25%. Неједнак третман постоји и уколико стална пословна јединица нерезидентног привредног друштва оствари добит пословањем у иностранству, а нема право на кредит за порез плаћен на ту добит у иностранству – право које, иначе, припада пореском обвезнику – резиденту Србије. Коначно, установили смо да начелно постоји ограничавање слободе кретања капитала у случају када компанија – резидент Србије остварује дивиденде од филијале – резидента државе чланице ЕУ, а учешће у капиталу јој је мање од 25%; тада је она лишена права на порески кредит, што је *ECJ*, разматрајући британски пропис, код кога је праг био нижи (10%), у случају *FII Group Litigation* оценио као дискриминацију портфолио инвестиција. Истина, слобода кретања капитала прошириће се на портфолио инвестиције тек по истеку четири године од дана ступања на снагу ССП, али се зато у односу на директне инвестиције она мора обезбедити чим се тај споразум почне примењивати. Закључили смо да је, будући да је законска граница од 25% учешћа превисока да би се улагања у распону од, рецимо, 10% до 25% могла сматрати портфолио инвестицијама, могуће да већ у првом стадијуму примене ССП буде оспорено поменуто решење из српског пореског права о ускраћивању права на порески кредит као ограничавање слободе кретања капитала.

Dr. Gordana Ilić-Popov

Professor
University of Belgrade Faculty of Law

Dr. Dejan Popović

Professor
University of Belgrade Faculty of Law

THE LAW ON DIRECT TAXES AND STABILISATION AND ASSOCIATION AGREEMENT BETWEEN SERBIA AND THE EU

Summary

Although the ratification procedure for the SAA between the EU and its Member States, of the one part, and Serbia, of the other, has not been finalized yet, the authors consider the consequences that SAA will create – primarily in the domain of direct taxation. On the one hand, all association agreements, including SAAs, have direct effect within the EU

law, regardless of the fact that they contain a provision on the solution of the disputes on application and interpretation of the agreement via the Stabilisation and Association Council and special arbitration procedure. *ECJ* holds the position that a provision in an association agreement must be regarded as being directly applicable when, regard being had to its wording and the purpose and nature of the agreement itself, the provision contains a clear and precise obligation which is not subject, in its implementation or effects, to the adoption of any subsequent measure. Furthermore, *ECJ* also recognizes the direct effect of the decisions of the Stabilisation and Association Council. It is up to the solution in the domestic law how the courts in the associated countries would behave in this respect. The Constitution of Serbia provides for direct application of international treaties. Art. 73 (2) of SAA prescribes that Serbia shall apply certain EU rules and interpretative instruments adopted by the *ECJ*. Finally, the authors analyse various tax law implications of SAA, pointing out to a possible restriction of the free movement of capital in the case where a company – resident of Serbia is receiving dividends from its subsidiary – resident of an EU Member State, whereby its shareholding is less than 25%. Under these circumstances the recipient company is denied the right to a tax credit – the practice which *ECJ*, while considering a piece of UK legislation involving a lower threshold (10%), declared in *FII Group Litigation* as discrimination against portfolio investments.

Key words: *Interim trade agreement. – Direct effect of SAA. – Decisions of the Stabilisation and Association Council. – Discrimination against portfolio investments. – Affiliation privilege v. indirect tax credit.*

УДК 347.772

Др Слободан Марковић*

НАЧЕЛО СПЕЦИЈАЛНОСТИ ЖИГА И ЗАБРАНА РАЗВОДЊАВАЊА ЧУВЕНОГ ЖИГА ПРАВНОЕКОНОМСКО ТУМАЧЕЊЕ

После приказа економске заснованости заштите робних марки жи гом, у чланку је извршена анализа два битна института права жига: начела специјалности жига (правило) и забране разводњавања чувеног жига (изузе так). Циљ анализе је да се утврди економска логика њиховог деловања и да се на тај начин укаже на ширину оквира у којем се изузетак може тумачити. Закључак је да се забрана разводњавања чувеног жига може кретати само у оквирима основне економске функције жига, а то је повећање ефикасности тржишта путем смањења асиметрије информисаности између понуђача и потражилаца робе. Насупрот томе, својинска логика забране разводњавања чувеног жига води прешироком тумачењу овог изузетка и нема свог економског оправдања.

Кључне речи: *Робни знак. Жиг. Асиметрија информација. Ефикасност тржишта.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Жиг је законски назив за субјективно право које за предмет заштите има знак којим трговац обележава своју робу или услугу на тржишту. Термин „право жига“ означава скуп прописа који регулишу жиг.[1] У српском језику се уместо речи „знак“ често кори-

---

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *slobodan.mark@sezampro.rs*. Захваљујем се др Борису Беговићу, редовном професору економије на Правном факултету Универзитета у Београду, на драгоценим примедбама и сугестијама које ми је дао у фази припреме овог рада за објављивање.

[1] Терминологија коју наш законодавац традиционално користи није нај срећније одабрана, јер је реч „жиг“ хомоним који има и друга значења која су ближа разумевању лаичке публике. С друге стране, правници често користе исту реч да означе не само субјективно право, већ и предмет заштите, односно знак. Ова не

сти појам „марка", а у новије време се све чешће наилази и на реч „бренд" (*brand*) чије значење је релативно неодређено и креће се у распону од знака, преко жига, до укупности репутације одређеног произвођача (*good will*).

Са правног аспекта, најважније је уочити да се предмет жига не ограничава на знак, већ обухвата и робу, односно услугу која је тим знаком обележена (ради једноставности, у даљем тексту само: роба). Дакле, без повезаности са робом која се обележава одређеним знаком, тај знак не може бити предмет жига. Описана веза између конкретног знака и конкретне робе у теорији се назива „начело специјалности". Последица примене тог начела је да исти знак може бити предмет заштите два жига уколико је различита роба која се њиме означава.

У релативно новије доба начело специјалности познаје и један изузетак који се односи на тзв. чувене (славне) жигове. Реч је о томе да они заштићени робни знаци који су дуготрајном и успешном употребом у привредном промету стекли највиши ниво репутације и код већинског дела популације стекли статус симбола који у себи обједињује комплексна афирмативна значења, уживају правно гарантовану јединственост на тржишту. То значи да никоме није допуштено да користи исти знак за обележавање било које врсте робе, јер се сматра да би то резултирало „разводњавањем" жига.

Правни поглед на видљиву површину феномена означавања робе не даје комплетан увид у природу нематеријалног добра које се штити, као ни у смисао саме заштите. То има за последицу перманентно јачање и ширење заштите коју право жига обезбеђује робној марки. Нејасне границе заштите чувеног жига од разводњавања су добар пример за поменути процес. Чини се да економски поглед на ову материју може пружити додатни и целовитији увид у феномен означавања робе и допринети разрешавању одређених правних дилема у вези са границама заштите.

2. ЕКОНОМСКА УТЕМЕЉЕНОСТ ПРАВА ЖИГА

Да би донео одлуку да купи одређену робу, потрошач мора имати уверење да је управо та роба оно што му треба. Другим речима, њему су потребне информације о својствима робе која се налази на тржишту. Део таквих информација могуће је прикупити

прецизност у коришћењу речи „жиг" је толико раширена да се толерише чак и у стручној литератури, те управним и судским одлукама. Нажалост, стручни српски језик није успео да изнедри погоднију реч којом би се описани проблем превазишао. Утехе ради, англосаксонска правна струка има исти проблем са термином *trademark*.

увидом у спољни изглед производа, али многа својстава производа нису видљива споља. За разлику од потрошача, произвођач и дистрибутер боље познају производ и имају прецизније информације о њему. Феномен различитог нивоа информисаности учесника у трансакцији о самом предмету трансакције се у економској струци назива асиметрија информација.[2] Она увећава трошак сваке куповине (тзв. трансакциони трошак), јер цени коштања производа додаје време и труд које потрошач и понуђач улажу у стицање потребних информација. На тај начин, асиметрија информација нарушава ефикасност тржишта и у начелу представља једну од његових иманентних несавршености.

Један од начина да се смањи трошак прибављања информација јесте означавање производа тзв. робном марком, односно знаком који ће идентификовати одређени производ и на тај начин помоћи потрошачу да га разликује од других истоврсних производа. Робна марка симболише укупност информација које је потрошач прикупио о одређеном производу, укључујући и информацију да сви истоврсни производи који су обележени истом робном марком потичу из истог извора. То је сасвим у складу са традиционалним схватањем у теорији права жига, по којем су основне функције жигом заштићене робне марке да идентификује производ и да укаже на његово порекло.[3] Дакле, коришћењем туђе жигом заштићене робне марке ствара се забуна о пореклу производа (потрошач погрешно верује да роба потиче од другог произвођача), што резултира и забуном о његовом идентитету. То представља чињенично стање које има правну квалификацију повреде жига.

Преовлађујуће виђење економског модела функције робних марки је следеће. На идеалном тржишту, на којем влада савршена конкуренција, цена једног производа се поклапа са граничним трошком његове производње. У стварном свету, пак, на цену производа утичу и разноврсне препреке размени, укључујући поменуту асиметрију информација. Стога, укупна цена једног производа равна је збиру његове (на граничним трошковима производње засноване) цене и трошка прибављања информација о производу (који су део трансакционих трошкова). Иако је на тржишту укупна цена

[2] Асиметрија информација је облик шире појаве недовољне информисаности учесника у промету, која може бити и симетрична. Асиметрија информација не мора увек бити на штету потрошача. На пример, у области осигурања живота, потенцијални осигураник има потпуније информације о сопственом здрављу и животним навикама (што је битно за процену животног века) од осигуравача, што значи да је осигуравач тај који мора да смањи или отклони асиметрију информација, како би донео одлуку да ли ће и под којим условима закључити уговор о осигурању.

[3] Adolf Baumbach, Wolfgang Hefermehl, *Warenzeichenrecht*, München 1979, 66 69; Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине*, Сарајево 2007, 144, 145.

одређеног производа објективно одређена односом понуде и тражње, номиналне цене различитих произвођача се разликују. То је последица тежње произвођача да увећају профит не само смањењем трошкова производње, већ и смањењем трансакционог трошка који има купац тражећи тај производ. Што је трошак информисања о производу нижи, то је тај производ привлачнији (вреднији) за потрошача, из чега следе две позитивне последице за произвођача: прва је да ће се његов производ више куповати (чиме се обара трошак производње по јединици производа), а друга је да ће он моћи да у оквиру „задате" укупне цене производа одреди вишу номиналну цену свог производа. Примера ради, узмимо један производ чија објективна укупна цена износи 100 динара. У случају да се тај производ продаје уз трансакциони трошак од 50 динара, његова номинална цена биће 50 динара; истовремено, ако други произвођач истог производа успева да га продаје уз трансакциони трошак од 25 динара, номинална цена тог производа биће 75 динара.[4]

У смањивању трошка информисања о производу значајна (али не једина) улога припада робној марки, за коју смо рекли да код потрошача ствара субјективну представу о укупности свих својстава производа. Стога, што је већа способност одређене робне марке да врши ту функцију, то је мањи трансакциони трошак информисања, и већа номинална цена производа. Из овога следи да произвођач има снажан мотив да свој производ означава робном марком, да инвестира у њену афирмацију и да је штити од евентуалних злоупотреба од стане конкурената. При том, произвођач је свестан психолошког механизма који потрошача наводи на куповину производа са одређеном робном марком: то је потрошачево очекивање да производ има она својства која су асоцирана са том робном марком. Дакле, оно на шта потрошач рачуна јесте да *сваки* производ одређене врсте, који је означен истом робном марком *увек има исти квалитет*. Уколико то очекивање није задовољено, робна марка не смањује трансакциони трошак прибављања информација, те изостају и предности које произвођач очекује од ње. Зато је произвођач мотивисан да се стара о квалитету производа који означава робном марком.[5] Другим речи-

[4] Детаљан формални економски модел функционисања робне марке вид. у William Landes, Richard Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law,* Harvard University Press, Cambridge MA 2003, 174 179.

[5] У хипотетичном свету без робних марки, произвођач нема мотив да по трошачу нуди квалитет, јер не може то да наплати кроз номиналну цену произво да. Наиме, у условима високих трошкова прибављања информације о производу, односно немогућности диференцијације производа према робној марки, квалитету и цени, произвођачи настоје да одрже што нижи трошак производње, тј. нуде про извод најслабијих, споља невидљивих карактеристика. Амерички нобеловац *George Akerlof* је, бавећи се асиметријом информација, на примеру тржишта половних аутомобила објаснио механизам урушавања тржишта на којем нема начина да се

ма, пропорционално снази робне марке, произвођач ће инвестирати у квалитет производа, уз могућност да тај трошак компензује кроз већу номиналну цену.

Из реченог се може закључити да што је „јача" робна марка (па тиме и нижи трошак прибављања информација о квалитету производа), то је виша цена производа по јединици квалитета, што резултира увећањем квалитета производа. Такође, може се закључити и да што је већа корист произвођача од робне марке, то ће он више инвестирати у њу.[6]

Према томе, гледано са становишта друштвеног благостања, смисао права жига јесте да подржи изложени механизам деловања робних марки на тржишту, са циљем снижавања трансакционих трошкова информисања потрошача о производима, што за последицу има заштиту потрошача од забуне о производу и повећање квалитета производа. Међутим, будући да је жиг искључиво, апсолутно, имовинско право, оно ставља свог титулара у јединствен положај у односу на конкуренте, па је зато немогуће игнорисати проблематику његовог утицаја на слободу конкуренције. Другим речима, за жиг је уобичајено да се каже да представља монополско право. У чему се састоји монополски учинак жига?

Пођимо од реалне ситуације да одређени произвођач дуже време производи и продаје одређени производ под одређеном робном марком и има релативно стабилан удео у тржишту за ту врсту производа. Затим се појави други произвођач са блиским супститутом за тај производ, означен другом робном марком. Искуство показује да је сасвим неизвесно колики ће део тржишта он успети да преузме од првог произвођача. Објашњење је, једним делом, повезано са робном марком коју користи први произвођач. Она је, као што је истакнуто, битан чинилац смањења информационе асиметрије на тржишту, али је далеко од „савршене" тржишне информације. Да би била савршена, та информација би се морала односити не само на производ који је означен робном марком, већ и на блиске супституте које производе други произвођачи. Тек на тај начин, опредељењем за другу (нову) робну марку, потрошач не би ризиковао погрешан избор, па би се

роба диференцира према квалитету и цени: Продавци половних аутомобила знају квалитет својих возила, док купци немају начин да то сазнају. Очекујући просечан квалитет код сваког половног аутомобила, купци нуде цену која одговара просечном квалитету. Знајући то, власници аутомобила који су бољег квалитета, повлаче се са тржишта. Свесни тога, купци сада нуде још нижу цену, јер је просечни квалитет понуђених аутомобила сада нижи. Идући том логиком, овај процес се завршава урушавањем тржишта квалитетних половних аутомобила. Вид. George Akerlof, „Market for Lemons Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *Quaterly Journal Of Economics*, 84, 2/1970, 488 500. (Реч *lemon* у САД означава у жаргону нешто што је неупотребљиво, покварено, „крш" *прим. С. М.*)

[6] W. Landes, R. Posner, 179.

блиски супститути различитих произвођача нашли у равноправнијој конкуренцији. Уместо тога, робна марка служи као инструмент за обезбеђење верности потрошача једном конкретном производу, што се може квалификовати као препрека другим произвођачима за приступ тржишту.

Везивање потрошача за одређену робну марку има карактер инертности у мишљењу и понашању, која је веома потпомогнута рекламирањем производа и тзв. мрежним ефектом. Наиме, популарни производ се најлакше проналази у радњама и ресторанима, за њега има највише комплементарних производа, најбоља је услуга сервисирања, итд.

У стварном економском животу, дакле, има основа за закључак да право жига мора да балансира између прокомпетитивних и антикомпетитивних ефеката заштићене робне марке, на начин да укупна друштвена корист буде већа од укупног друштвеног трошка његовог постојања. У погледу поменутог баланса, дакле, право жига се може упоредити са патентним и ауторским правом, с тим да ваља указати на једну особеност права жига, која налаже посебан опрез према антикомпетитивним учинцима заштићене робне марке. Наиме, за разлику од патента и ауторског права, жиг нема временско ограничење трајања, те се антикомпетитивни учинак конкретног жига може одржавати у недоглед.

Већ сама чињеница да, за разлику од патентног и ауторског права, у теорији нема озбиљних оспоравања економских основа за постојање права жига, говори о томе да је економски живот без робних ознака незамислив за све учеснике на тржишту. Међутим, око обликовања и тумачења појединих института права жига постоје различита схватања, која се, грубо узев, могу поделити на две групе. Једно је схватање да је жиг право којим се штити информациона функција робне марке, у циљу смањења информационе асиметрије на тржишту, па тиме и смањења трансакционих трошкова. Оно, у начелу, пледира за онај обим и садржину права који су таман довољни да, спречавањем забуне на тржишту, осигурају ту функцију. Друго схватање је да је робна марка „производ" за себе, који је предмет својине субјекта који га користи, одржава и маркетиншки изграђује. По том схватању, обим и садржина жига су шири и нису ограничени на спречавање забуне потрошача о производу. У даљем тексту ће се анализирати ова разлика јер се она, заправо, одражава на помињани баланс између прокомпетитивних и антикомпетитивних ефеката заштићене робне марке.

3. НАЧЕЛО СПЕЦИЈАЛНОСТИ ЖИГА

Жиг овлашћује свог носиоца да забрани другоме да производе исте или сличне врсте обележава истим или сличним робним знаком, као и да их тако обележене ставља у промет или рекламира. То је, дакле, суштина жига као права интелектуалне својине. Право жига, у начелу, не толерише да два или више субјеката истим или сличним робним знаковима за исту или сличну врсту робе изазивају на тржишту забуну о идентитету и пореклу робе.

Сама чињеница да је фактички ипак могуће да два или више субјеката паралелно користе исти знак за исту врсту робе, подсећа на економску теорију јавних добара и обавезује да се испита како у том погледу стоје ствари са робним знаком. Конкретније, неривалски карактер јавних добара омогућава њихову „потрошњу“ неограниченом броју субјеката без икаквог додатног трошка, а њихова природна неискључивост чини немогућим или нерационалним да се та „потрошња“ ограничи оним субјектима који нису учествовали у стварању таквог добра. У том погледу се чини да су проналазак, ауторско дело и робни знак, у основи, јавна добра, те да патент, ауторско право и жиг имају, у основи, исти учинак: успостављање правне искључивости у погледу „потрошње“ таквог добра, ради интернализације приноса од његовог коришћења. У прилог том закључку иде следеће размишљање. Свако ко привредно искоришћава патентирани проналазак или заштићено ауторско дело без сагласности носиоца права и без плаћања накнаде се, заправо, „бесплатно вози“[7] на туђој инвестицији у стварање тог проналаска, односно ауторског дела. Исто тако, свако ко привредно искоришћава заштићени робни знак другог лица (на пример, *Nike* за спортску опрему), без његове сагласности и без плаћања накнаде, „бесплатно се вози“ на инвестицији коју је титулар жига уложио у стварање репутације и привлачност те робне марке. На крају крајева, раширена нелегална пракса кривотворења туђих заштићених робних марки упућује на закључак да нелегални привредни корисник истих остварује леп профит од разлике између својих ниских трошкова производње и високе цене коју наплаћује од потрошача који верују да купују „оригинал“.

Међутим, кад се проблем боље сагледа, уочава се једна специфичност робне марке. Наиме, проналазак и ауторско дело задржавају своју друштвену вредност и у случају кад их користи неограничени број конкурената (да подсетимо: са становишта статичке ефикасности тржишта, то је чак идеална ситуација), док робна марка интензи-

---

[7] Уместо израза „бесплатна вожња“ (*free riding*) код нас се користи и ме тафора о „слепом путнику“. Вид. Борис Беговић, Мирољуб Лабус, Александра Јовановић, *Економија за правнике*, Београд 2008, 302.

тетом „потрошње“ од стране конкурената губи своју друштвену вредност, јер престаје да врши своју привредну функцију идентификације и разликовања истоврсне робе различитих субјеката у циљу смањења трансакционог трошка. Другим речима, робна марка са интактним функцијама постоји само ако је једина на тржишту, односно ако је само један субјект користи за означавање одређене врсте робе – у супротном, ње *de facto* нема.[8] Полазећи од уверења да једно економско добро не може променити своју економску природу (од јавног постати приватно добро) захваљујући правном режиму који се на њега примењује,[9] мора се преиспитати да ли робна марка уопште испољава примарну карактеристику јавног добра – неривалитет у потрошњи. Већ је констатовано да коришћење (потрошња) исте робне марке за исту врсту робе од стране већег броја конкурентских привредних субјеката уништава саму супстанцу тог добра, односно информациону вредност која је у њој садржана. То речито указује да код таквог облика коришћења (потрошње) робна марка има карактер ривалског добра, односно не испуњава главни услов да би се сматрала јавним добром. Истовремено, то још увек не значи да је робна марка приватно добро. Наиме, неискључивост у „потрошњи“ од стране конкурената сугерише да би се могло радити о заједничком ресурсу,[10] где је главно питање како сачувати ривалско добро од неконтролисане потрошње која води његовом уништењу.

Из изложеног следи да је право жига једна конструкција чији је смисао да додељивањем жига, као искључивог субјективног права на коришћење одређене робне марке на тржишту, спречи сукоб више субјеката који имају интерес да користе исту робну марку за исту врсту робе, у којем сукобу би робна марка била уништена.[11] Чињеница да у пракси постоји нелегално коришћење (кривотворење) туђих робних марки, не доводи у питање управо изнет закључак да

8 Да објаснимо ту констатацију помоћу примера: проналазак вакцине против рака грлића материце поприма највећу друштвену вредност уколико свака фармаце утска фирма може да га произведе и понуди потрошачима по цени равној граничном трошку производње сваке јединице производа; аналогно важи и за ауторско дело као што је рачунарски програм *MS Office*. Међутим, ако би робну марку *Shweppes* за безалкохолно газирано освежавајуће пиће почео да користи већи (условно речено, неограничени) број произвођача те врсте робе, она престаје да постоји као робна марка, јер губи своју идентификационо дистинктивну функцију на тржишту.

9 David W. Barnes, „A New Economics of Trademarks“, *Northwerstern Journal Of Technology And Intellectual Property*, 5, 1/2006, 56: „Јавна добра не могу бити кон вертована у приватна добра. Уместо тога, несавршеност тржишта која је повезана са неривалским карактером добра може бити умањена мерама јавне политике, као што се несавршеност тржишта, која је повезана са неискључивошћу добра, умањује успостављањем искључивих права“.

10 Вид. Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, 317 и даље.

11 W. Landes, R. Posner, 172.

је робна марка ривалско добро у контексту коришћења од стране конкурентских привредних субјеката. Наиме, кривотворење робних марки, уколико не би било санкционисано на основу права жига (и/или права сузбијања нелојалне конкуренције), води ка слабљењу и коначном уништењу робне марке као носача информације о производу и гаранта постојаности његовог квалитета. Другим речима, неспорно је да паралелно коришћење истог робног знака на истој врсти робе од стране већег броја субјеката не може нашкодити супстанци самог знака (јер он је нематеријално добро), али ће свакако уништити *робни* знак као добро које је различито од знака. На овој ствари се одлично уочава да је у праву жига предмет заштите веза између одређене робе и одређеног знака, а не знак као такав, о чему је већ било речи.

Искључиво *erga omnes* дејство жига, према томе, нема за циљ да интернализује екстерни ефекат робне марке (као што је то случај у патентном и ауторском праву), већ, како је указано, да одбрани само добро. Овиме се не негира чињеница да се путем жига, као искључивог права, интернализује принос од коријења заштићене робне марке, већ се наглашава да је то само логична последица примарне функције жига – смањења асиметрије информација.[12]

Истовремено, ту лежи и објашњење зашто се код права жига (за разлику од патентног и ауторског права), не ради о тражењу избалансираног одговора државе на дилему „статичка или динамичка ефикасност тржишта“. Наиме, друштво нема интерес да обезбеђивањем искључивог субјективног права у виду жига стимулише стварање нових робних марки, јер код робних марки (иако су то нематеријална добра) нема екстерних ефеката који су карактеристични за јавна нематеријална добра као што су проналасци и ауторска дела.[13]

[12] Супротно тврди D. W. Barnes, 62 63: „У збиру, постоје три несавршено сти тржишта, које су повезане са робним маркама. Прва несавршеност је последица неискључивости, тј. ʽбесплатна вожња’ која смањује могућност повраћаја трошкова, и која се исправља успостављањем искључивог права.“ Овај аутор је учинио напор да демантује преовлађујући став економске науке да се жиг не може ставити у исту „корпу“ са патентом и ауторским правом, већ је покушао да нађе паралеле у свим кључним тачкама економског објашњења заснованости ових права интелектуалне својине. „...наука би требало да призна да се право жига суочава са истом концеп туалном тешкоћом као ауторско или патентно право. Сва та права подразумевају жртвовање краткорочне статичке ефикасности (широког приступа неривалским јавним добрима) зарад динамичке ефикасности (искључиво право да се неким ко риснцима наплате трошкови стварања понуде идеја).“ Има и других аутора који констатују да жиг, поред осталог, има и динамичке ефекте на ефикасност тржишта, али их не стављају у први план. Вид. Giovanni B. Ramello, „What is a Sign? Trade mark and Economic Theory*“, Journal Of Economic Surveys*, 20, 4/2006, 561.

[13] Mark A. Lemley, „Property, Intellectual Property and Free Riding“, *Texas Law Review*, 83, 2004, 1058: „док подстицаји могу бити неопходни у случају ау торским или патентним правом заштићених креација, па чак и у случају пословне

Објаснивши економску позадину основног садржинског обележја жига – забране постојања на тржишту два иста заштићена робна знака за исту врсту робе – ваља се осврнути накратко и на проблем обима заштите. Како је већ више пута истакнуто, право жига не допушта ни паралелно постојање *сличних* робних марки различитих субјеката, за *сличну* врсту робе. Правнички критеријум за оцену сличности заснива се на стандарду просечног потрошача конкретне врсте робе и опасности да он дође у заблуду око идентитета и порекла производа који купује. Конкретизација и примена овог стандарда у пракси изузетно је инспиративна правничка тема. Овде ће се она сагледати у контексту реалне моћи одређене робне марке да врши своју информациону функцију на тржишту. Та моћ је резултанта свих естетско-лингвистичких посебности саме ознаке, преко дужине њене употребе као робне марке и степена прихваћености од стране потрошача, до разноврсних околности њеног коришћења, те представља динамичну категорију која се мора сагледавати у временском и просторном контексту конкретног тржишта. У литератури се тај феномен назива и „снага обележавања“, а овде се, за потребе овог разматрања, може назвати и „ниво дистинктивности“ робне марке. Начелно правило права жига јесте да је обим заштите једне робне марке пропорционалан нивоу њене дистинктивности. То конкретно значи да што је виши ниво њене дистинктивности, то је шири обим заштите коју јој жиг пружа. Другим речима, заштита робне марке високог нивоа дистинктивности значи да ће круг сличних робних марки, односно сличних производа који су обухваћени обимом заштите, бити већи него у случају да је реч о робној марки ниског нивоа дистинктивности. Изложено запажање, које је иначе неспорно међу правницима, допушта да изведемо један занимљив закључак. Код свих права интелектуалне својине обим заштите је функција најкарактеристичнијег обележја нематеријалног добра које је предмет заштите. У патентном праву реч је о инвентивном нивоу проналаска, у ауторском праву је то оригиналност ауторског дела, а у праву жига се ради о дистинктивности робне марке. За правнике ова обележја спадају у проблематику услова заштите проналазака, ауторских дела, односно робних марки, и може се рећи да су она исто-

тајне или базе података, дотле подстицаји не могу оправдати право интелектуалне својине на робној марки или праву публицитета“. Stephen L. Carter, „The Trouble With Trademarks“, *Yale Law Journal*, 99, 4/1990, 768: „Право жига, међутим, не пружа подстицаје за стварање нових робних марки... Доиста, право жига може се описати као индиферентно према стварању робних марки, у смислу да је број робних мар ки небитан. Може се размишљати о оптималном обиму понуде ауторских дела или патентибилних проналазака, али нема смисла говорити о оптималном обиму понуде робних марки као таквих. Све што је потребно јесте различита робна марка за сва ког произвођача“.

времено и централни правно-економски разлог за признање правне заштите овим интелектуалним добрима.[14]

Међутим, кад је реч о жиговима, ова констатација има један додатни заплет. Ниво дистинктивности робне марке је психички феномен – субјективни доживљај робне марке из угла потрошача. Из тога следи да су ниво потрошачевих укупних интелектуалних способности (пре свега, меморија, моћ запажања, оријентисаност у социјалним вредностима) меродавне за његову перцепцију одређене робне марке. При том, психички феномен нивоа дистинктивности робне марке *није једнозначан*, јер одражава већ наговештено двојство функције робне марке.

С једне стране, она је ту да идентификује робу једног субјекта, ради њеног разликовања на тржишту од исте или сличне робе другог субјекта. То је традиционална и базична функција симболизовања својстава производа и указивања на његово порекло. Да би могла да обави ту функцију, робна марка мора бити довољно различита од робних марки које други субјекти већ користе за означавање исте или сличне робе. Мера те различитости може се назвати „ниво дистинктивности“, али са резервом да се при том мисли на дистинктивност која је неопходна да на тржишту не дође до забуне међу потрошачима око порекла робе. У том контексту, интелектуалне способности потрошача, с једне, и ниво потребне дистинктивности робне марке, с друге стране, налазе се у обрнутој пропорцији. Индиректно, то значи да је обим заштите коју жиг пружа једној робној марки, обрнуто пропорционалан претпостављеном нивоу укупних интелектуалних способности просечног потрошача. Отуда је логично да се у парницама због повреде жига дешава следеће: тужилац настоји да докаже да је просечни потрошач *што нижег* нивоа интелектуалних способности, не би ли тиме оправдао захтев за што ширим обимом наводно повређеног жига, док туженик доказује управо супротно, настојећи да код суда издејствује утврђење што ужи обим истог жига.

С друге стране, како је већ поменуто, робна марка служи и као концентрисани израз мноштва других порука и значења која се упућују потрошачу, са намером да му сугеришу да конкретна роба има одређена пожељна својства (која, на пример, чине човека веселијим, привлачнијим, млађим, здравијим, социјално признатијим и сл.). Код појединих робних марки је ова функција високо изграђена захваљујући дуготрајној употреби, успешном рекламирању и сл. Дакле, према критеријуму колико нам одређене робне марке „говоре“, односно „поручују“ (сасвим независно од указивања на порекло производа), такође можемо уочити разлике у нивоу њихове дистинктивности. При том, ту је реч о дистинктивности која је у функцији

[14] До сличног закључка, мада у другом контексту, долази и D. W. Barnes, 66.

наговарања потрошача да се определи баш за ту робу, а не за истоврсну робу конкурента.[15] У том контексту, интелектуалне способности потрошача (тачније, њихова способност да детектује и разуме поруку) су пропорционалне нивоу потребне дистинктивности робне марке. Индиректно, то значи да је обим заштите коју жиг пружа робној марки пропорционалан претпостављеном нивоу интелектуалних способности просечног потрошача. Зато, у парницама због повреде жига, где није реч о забуни потрошача о пореклу производа, већ о преливању привлачности једне робне марке на другу робу, тужилац настоји да докаже да је просечни потрошач *што вишег* нивоа интелектуалних способности, да би тиме оправдао свој захтев за што ширим обимом заштите наводно повређеног жига, док туженик доказује супротно, желећи да испослује код суда утврђење што ужег обима истог жига.

Дакле, уочавајући разлику између дистинктивности која је у функцији разликовања истоврсне робе различитих субјеката, од дистинктивности која је у функцији наговарања порошача да купи робу једног субјекта уместо робе другог субјекта,[16] мора се уочити и противречност у приступу правном стандарду просечног потрошача: у првом контексту, титулари жигова заговарају „глупог потрошача“, да би обезбедили шири обим заштите; у другом контексту, они из истих разлога заговарају „паметног потрошача“.[17] Ова амбивалентност концепта просечног потрошача у савременом праву жига, која има за последицу противречне методологије за утврђење обима жига, представља један од већих проблема који су повезани са суштинским питањем: да ли право жига штити робну марку као средство за смањење информационе асиметрије на тржишту производа или као информациони производ за себе.

[15] Као пример те врсте дистинктивности у класи цигарета можемо навести *Marlboro* и *Camel*, чија репутација се гради на идентификацији потрошача са мужевним човеком средњих година, који усамљенички ужива у дивљини. У класи персоналних и преносивих компјутера можемо за пример узети *Apple*, чија циљна група су људи дубљег џепа, склони новинама и ексклузивности. Познато је да у Великој Британији аутомобиле марке *Rolls Royce* бирају богате аристократе и пословни људи, док је *Bentley* преференција богатих адвоката и интелектуалаца.

[16] О ове две врсте дистинктивности говори G. B. Ramello, 556, 557.

[17] Види детаљно у Barton Beebe, „Search and Persuasion in Trademark Law“, *Michigan Law Review*, 103, 8/2005, 2020 и даље. Аутор у закључку поставља питање „да ли ми (као потрошачи *прим. С.М.*) трагамо за робним маркама или робне марке трагају за нама“, *ibid*., 2069. Ова дилема пластично одражава постепену промену улоге потрошача: од рационалног субјекта који активно бира робу уз помоћ робне марке која смањује његов дефицит информација, до верног следбеника робне марке која му прибавља друштвени статус, самопоуздање и друге нематеријалне вредности као надградњу над робом која више није у првом плану.

4. ЗАБРАНА РАЗВОДЊАВАЊА ЧУВЕНОГ ЖИГА

Започета тема има своју разраду у институту „разводњавања“ заштићене робне марке. Наиме, током неколико последњих деценија се у већем број развијених земаља учврстила доктрина по којој жиг који се односи на чувену, односно славну робну марку, протеже своје дејство на све врсте робе, компромитујући тако принцип специјалности, који је поменут напред. Правило о забрани разводњавања чувених жигова је стекло своју универзалну афирмацију захваљујући одредби чл. 16, ст. 3 Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (*TRIPS*) из 1996. године.[18]

Проблематика разводњавања (енгл. *dillution*, нем. *Verwaesserung*) је изузетно сложена из више разлога. Прво, сам појам није довољно прецизно дефинисан, тако да постоји његово уже и шире значење; друго, критеријуми под којим једна робна марка стиче статус чувене марке се у правној пракси различито примењују; треће, економско објашњење основаности овог института може бити различито, што отвара суштинско питање о економској природи жига.

У англосаксонској литератури је пионир ове теме био *Frank Schechter*, који је још 1927. године указао на то да је поглед на робну марку као идентификатора робе у циљу њеног разликовања од исте или сличне робе другог произвођача постао превазиђен. Према његовим давни написаним речима, „робна марка данас више није само симбол репутације, већ је често најефикасније средство за стварање репутације, које утискује у јавну свест анонимну и деперсонализовану гаранцију задовољства, која буди жељу за још задовољства. Робна марка заправо продаје робу. И, очигледно, што је марка дистинктивнија, то је већа њена моћ да прода робу“.[19] Ово запажање било је изнето у контексту уздржаности тадашњих судова да жигу пруже заштиту која иде изван оквира принципа специјалности, чак и онда кад је реч о робној марки највишег степена познатости и репутације, као што је на пример, *Rolls Royce* и сл., што је за последицу имало „постепено тањење или расипање идентитета и упоришта марке или имена у јавној свести, њеним коришћењем за неконкурентске производе“.[20] Од овог аутора потиче и својеврсни манифест нове доктрине права жига, на којем се касније утемељио институт разводњавања: а)

[18] Узели смо „забрану разводњавања чувеног жига“ као технички термин којим ћемо, ради једноставности, означавати све типове случајева у којима право жига проширује обим заштите робне марке изван оквира који је одређен начелом специјалности жига. Иако теорија права жига диференцира те случајеве, сматрамо да су разлике недовољно релевантне за економски поглед на тему.

[19] Frank I. Schechter, „The Rational Basis for Trademark Protection“, *Harvard Law Review*, 40, 6/1927, 819.

[20] *Ibid.*, 825.

вредност савремене робне марке је у њеној продајној снази, б) физиолошко упориште ове продајне снаге у публици не зависи само од заслуга робе за коју се користи, већ подједнако и од посебности и јединствености саме марке, в) посебност и јединственост марке се поништавају или умањују коришћењем исте како за сличну, тако и за различиту робу, и г) степен заштите робне марке на основу права жига зависи од мере у којој је, захваљујући напорима и маштовитости свог власника, та робна марка посебна и различита од осталих робних марки.[21]

Ови ставови, којима се не може оспорити убедљивост, послужили су током каснијих деценија као основа за два начина интерпретације појма „разводњавање“. Један начин, који можемо назвати конзервативним, сматра да је разводњавање само логична доградња класичне доктрине о жигу као субјективном праву које подржава информациону функцију заштићене робне марке, те се може сасвим логично уклопити у већ изложено виђење економске оправданости права жига. Други начин, који се може назвати револуционарним, види разводњавање као нову парадигму права жига, која напушта идеју заштите информационе функције робне марке и у средиште заштите ставља робну марку као производ *per se*. Тиме ова интерпретација изискује и редефинисање економске оправданости права жига.

Пођимо од прве, умерене, интерпретације. Она уклапа институт разводњавања у теорију о праву жига као инструменту заштите информационе функције робне марке која смањује трошак тражења конкретног производа на тржишту, па тиме и укупне трансакционе трошкове. Идеја да жиг у свом *erga omnes* дејству треба да пробије принцип специјалности и протегне се и на сасвим различите врсте производа, *чак и онда кад просечан потрошач не може бити у заблуди* о идентитету производа и његовом пореклу, заснива се на следећем: оне заштићене робне марке, које су својом познатошћу и репутацијом освојиле највиши степен дистинктивности (снаге обележавања), код широке потрошачке публике изазивају директну асоцијацију на конкретан производ и његова својства, без потребе да се та асоцијација подупре контекстом везаним за врсту робе којој тај производ припада. Примера ради, на помен робне марке *Coca Cola* или *Rolls Royce*, сваки потрошач има директну асоцијацију на конкретно безалкохолно пиће или конкретну марку аутомобила. Са становишта информационе функције робне марке, то је врхунац њене ефикасности у смањењу трошка тражења и идентификације робе на тржишту. Насупрот томе, да би код робне марке са мањим нивоом дистинктивности просечни потрошач имао асоцијацију на конкретан

[21] *Ibid*., 831.

производ, потребно је да он буде свестан и контекста у којем се та робна марка појављује, јер принцип специјалности допушта да постоје исте заштићене робне марке за различите производе различитих произвођача.[22] Имајући то у виду, сматра се да би примена принципа специјалности и на тзв. чувене робне марке била у супротности са циљевима и смислом права жига, јер би у условима заштите на пример, знака *Coca Cola* за мноштво разноврсних производа различитих произвођача, трансакциони трошак промета познатог безалкохолног пића на тржишту био већи него да се тај знак користи само за означавање безалкохолног пића. Битно је нагласити да тај ефекат није повезан са било каквом опасности заблуде потрошача о идентитету производа и његовог произвођача, већ да је он последица нарушавања јединствености тог робног знака на тржишту, из које тај чувени робни знак црпе највећи део своје дистинктивности (снаге обележавања).[23]

Према другој интерпретацији, институт разводњавања представља раскид са традиционалним правно-економским објашњењем права жига и афирмише нови приступ по којем је заштићена робна марка својина свог титулара, тако да његова овлашћења превазилазе уски оквир заштите функције идентификације робе ради смањења трансакционих трошкова. Ова интерпретација се заснива на сумњи да је институт разводњавања повезан са концептом смањења трошка тражења конкретног производа на тржишту, већ се у први план истиче ефекат онемогућавање „бесплатне вожње“ привредним субјектима који се користе привлачношћу туђег чувеног робног знака у циљу повећања продаје своје робе. Наиме, сматра се да је доминантан ефекат коришћења туђе чувене робне марке у преливању позитивних асоцијација које је потрошачка публика формирала на основу свог искуства са тим робним знаком, на сасвим различите производе друге врсте, чиме се поспешује продаја тих производа. Овиме се залази у економску теорију позитивних екстерних ефекта, што директно вуче ка закључку да је жиг субјективно право чија је превасходна функција да омогући титулару да интернализује корист од тог знака у чију репутацију је уложио своја средства. Другим речима, долази се до закључка да је право жига ипак у функцији решавања једне специфичне несавршености тржишта, а то је преливање репутације чувене

[22] Има схватања по којима је цео концепт разводњавања заснован на недоказаној премиси да чувени робни знак, у свести потрошачке публике, губи на својој дистинктивности уколико га и други субјекти користе за означавање друге врсте робе. Уз навођење низа примера који потркрепљују ову сумњу, вид. David S. Welkovitz, „Reexamining Trademark Dilution“, *Vanderbilt Law Review* 44/1991, 539 546.

[23] Stacey L. Dogan, Mark A. Lemley, „Trademarks and Consumer Search Costs on the Internet“, *Houston Law Review* 41/2004 2005, 790 791.

робне марке на производе друге врсте, без обзира на чињеницу што је реч о неконкурентским производима и што код потрошача нема забуне о идентитету и пореклу производа.[24]

Изложен начин размишљања имплицује потребу за поновном анализом економске природе робне марке. Напред је већ констатовано да у односима међу конкурентима робна марка представља ривалско добро, јер кад више конкурената означава исту врсту робе истом марком, тада она престаје да врши своју идентификационо-дистинктивну функцију, тј. престаје да постоји као робна марка. Та околност оправдава забрану коришћења исте или сличне робне марке за исту или сличну врсту производа од стране два или више субјеката. Међутим, институт разводњавања упућује на то да је неопходно погледати на робну марку из угла субјеката који нису конкуренти. Из саме чињенице да коришћење исте робне марке за различите (неконкурентске) врсте производа не доводи до уништења робне марке, односно њене базичне идентификационо-дистинктивне функције, закључујемо да робна марка има природу неривалског, јавног добра уколико се користи (троши) од стране неконкурената. У том контексту, посебност *чувене* робне марке је у томе што она испољава екстерни ефекат који је специфичан за јавна добра, а то је да њена репутација и привлачност прелазе и на неконкурентску робу уколико је та роба означена том чувеном робном марком. Отуда оправдање да се на право жига гледа као на облик државне интервенције чији је циљ да се та несавршеност тржишта отклони путем својинског права на робној марки. То се, иначе, сасвим уклапа у економску теорију по којој постоје добра која могу бити приватна, јавна, клупска или заједнички ресурс, зависно од начина њиховог коришћења (потрошње).

Ова конструкција има своју утемељеност на емпиријском увиду у функционисање модерног тржишта. Рекламна функција постаје доминантна функција робне марке, при чему је реклама све мање информативна, а све више убеђујућа. Циљ најуспешнијих привредника није више да одговоре потребама потрошача, већ да формирају те потребе, како би их затим задовољили. Робне марке све више служе вештачкој диференцијацији производа на основу критеријума који нису повезани са објективним својствима робе, већ са виртуалним разликама у друштвеним вредностима које те робне марке симболизују. Отуда, све је мање важно какав је производ, а све је важније каква је његова јавна перцепција коју су створили оглашивачи посредством робне марке. Имајући то у виду, робна марка постаје

[24] W. Landes, R. Posner, 207: „Специфичан економски разлог за законску забрану разводњавања, иако се још није учврстио у судској пракси, јесте заснован на екстерној користи".

вредност *per se*, сасвим независно од производа који се њиме означава. За изградњу чувене робне марке свакако је неопходан производ преко којег ће она стећи своју репутацију, али кад је та репутација изграђена,[25] иста робна марка може да продаје било коју врсту производа који се њоме означи. Овај циљ није могуће постићи без великих улагања у маркетинг који је прерастао у технологију производње робних марки, тако да је тешко оспорити легитимност захтева да се та инвестиција заштити.

Док смо у центар традиционалне парадигме права жига ставили решавање проблема асиметрије информисаности, у центру нове „својинске“ парадигме права жига је интернализација приноса од коришћења робне марке, која укључује и интернализацију екстерног ефекта чувене робне марке. Ова нова парадигма повлачи собом читав низ логичних консеквенци у правној пракси, чији је заједнички именитељ ширење обима заштите коју жиг пружа робној марки. Навешћемо неке најчешће типове тих проширења, који се срећу у упоредној правној пракси: а) статус чувене робне марке се олако признаје и робним маркама чија чувеност није на оном нивоу који је законодавац имао у виду кад је прописао забрану разводњавања; б) забрана разводњавања се примењује не само на робне марке које су идентичне чувеној робној марки, већ и на оне које су јој сличне; в) под појам разводњавања се подводе и случајеви кад се туђа чувена робна марка не користи у функцији означавања друге врсте производа, већ само као украс (на пример, мајица са натписом *Coca Cola*); г) појам разводњавања се растеже и на случајаве где се чувена робна марка уопште не користи на роби, већ служи као кључна реч за Интернет претраживаче који на основу тога „закључују“ о преференцијама појединог корисника Интеренета, па му приказују на екрану рекламе за сродне или комплементарне врсте производа; д) уз помоћ института забране разводњавања титулари жигова за чувене робне марке штите се од пародирања и критике тих робних марки, третирајући то као праксу која умањује вредност чувеног жига.[26] Речју, из домена означавања робе, жиг почиње да прелива своје искључиво дејство у домен комуникације у најширем смислу.

[25] Сасвим практично гледајући, примена института разводњавања у управној и судској пракси наилази на тешкоћу утврђивања да ли конкретна робна марка испуњава услове за повлашћени статус чувене робне марке. Не желећи да улазимо у материју која је, у основи, казуистика *par exelence*, упућујемо само на пажње вредан труд Светске организације за интелектуалну својину да националним управама и судовима пружи смернице за тај деликатан посао. Вид. *WIPO* „Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Well Known Marks“, 2000 (*http://www.wipo.int/about ip/en/development iplaw/pub833.htm,* приступ марта 2010).

[26] Одличан преглед америчке судске праксе у вези са тим, вид. у Mark A. Lemley, „The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense“, *The Yale Law Journal*, 108, 7/1999, 1697 1703.

Крајња теоријска консеквенца овог концепта јесте редефинисање предмета заштите у праву жига. Наиме, уместо да се као предмет заштите узима веза између одређеног знака и одређене врсте робе (као што је на почетку дефинисано), има основа да се као предмет заштите схвати знак *per se*.

Ипак, у теорији углавном преовлађује критика тог процеса проширивања обима заштите коју жиг, под етикетом „својине", пружа робној марки.[27] Конзервативни аргумент критике заснива се на уверењу да је језгро традиционалне парадигме права жига у идеји заштите потрошача од заблуде о идентитету и пореклу производа. То уверење произлази из концепта о заштићеној робној марки као инструменту смањења трансакционог трошка тражења робе на тржишту. Следећи ту линију размишљања, може се рећи да је институт разводњавања чувене робне марке једна странпутица у развоју права жига, јер смисао тог института није да заштити потрошача од заблуде, већ да заштити и ојача тржишни положај титулара жига за чувену робну марку. Сматрамо да је грешка у тој аргументацији што се заштита потрошача ставља у центар интересовања права жига. Заштита потрошача је само колатерална последица заштите ефикасности тржишта, која је у фокусу права жига.[28] Отуд, критика института разводњавања има основа једино с аспекта процене да ли и у којој мери тај институт поспешује конкуренцију или, напротив, појачава непожељни монополски ефекат робне марке.

Из тог угла посматрано, закључујемо да институт забране разводњавања чувене робне марке ипак треба да се задржи у оквирима традиционалне економске функције жига, тј. да се примењује само у мери у којој је у функцији смањења асиметрије информисаности. То је у складу са напред изложеним конзервативним тумачењем економског смисла забране разводњавања чувених жигова. Практично, то значи две ствари. Прва је да нема ширења обима заштите чувеног жига изван сфере означавања робе на тржишту, а друга је да критеријуми за утврђивање чувености жига морају бити јако високи. Изван тога, свако проширивање обима заштите чувеног жига у циљу заштите његове вредности, потенцира непожељно монополско дејство робне марке и не може се подржати. Тиме се не негира актуална трансформација улоге коју робне марке имају за

27 S.L. Dogan, M.A. Lemley, 801: „Пошто право жига не постоји да би подстицало стварање робних марки, називање истог 'својином' води неоправданом закључку да би (титулару жига прим. С.М.) требало да се признају одређена права на језику".

28 Mark P. McKenna, „The Normative Foundations of Trademark Law", *Notre Dame Law Review*, 82, 5/2006 2007, 1916: „Критичари не могу једноставно настави ти да тврде да је савремено право жига нелегитимно зато што не тежи да заштити потрошаче. То никад није био његов циљ".

титуларе жигова, већ се само поставља граница до које се та улога може правом бранити са аспекта јавног интереса.

Нажалост, поменута одредба чл. 16, ст. 3 *TRIPS*-а, која дефинише језгро института разводњавања, више је на линији заштите вредности чувене робне марке *per se*, него на заштити прокомпетитивне функције робне марке уопште.[29] У ширем социолошком контексту посматрано, поменута тенденција ширења правне заштите робне марке је део актуалне потрошачке културе која не само да усисава традиционалне културне симболе у свет трговине тако што их претвара у робне марке, већ не допушта да робне марке имају било какву другу конотацију изван комерцијалног контекста и буду третиране и као културно добро.[30]

5. ЗАКЉУЧАК

Економски смисао робне марке је да потрошачу скрати пут и време за избор производа који одговара његовим очекивањима, односно да понуђачу омогући пречицу до потрошача. Тиме се смањују трансакциони трошкови купопродаје, што је у функцији ефикасности тржишта. Будући да у односима између конкурентских субјеката робни знак има економску природу ривалског и неискључивог добра, улога права жига је да титулару жига обезбеди искључивост у погледу коришћења заштићене или сличне робне марке за исту или сличну робу и на тај начин осигура његову функцију идентификације и разликовања производа.

Начело специјалности жига и забрана разводњавања чувених жигова представљају два битна института права жига, који се налазе у односу правила и изузетка. Актуелна је тенденција ширења обима поменутог изузетка, и то с образложењем које у први план ставља логику својине као инструмента за интернализацију приноса од коришћења робне марке, што укључује и интернализацију екстерног ефекта који заштићена ознака има на субјекте који нису конкуренти.

Не оспоравајући да свако искључиво право на одређеном економском добру интернализује корист од тог добра, у праву жига је

[29] Поменута одредба условљава примену института разводњавања, поред осталог, вероватноћом повреде интереса власника робне марке.

[30] Katya Assaf, „Kulturelle Bedeutung des Markenschutzes“, *GRUR Internatio naler Teil* 1/2009, 12 14. Ауторка анализира појаву коришћења познатих културно историјских симбола као робних марки (на пример, *Nike, Ajax, Cadillac*), као и претварања робних марки у културно историјске симболе, односно иконе одређеног времена (на пример, *Coca Cola, Mercedes, IBM, McDonalds*). Комерцијална конотација робних марки је само једна од многих, те се њихова правна заштита не сме протеза ти изван домета непосредних разлога постојања такве заштите.

питање где је граница у третирању жига као „својине“. Сматрамо да је та граница одређена принципом ефикасности тржишта, у којем се толерише да жиг буде препрека уласку других на тржиште само ако је то у функцији смањења асиметрије информисаности. У том смислу, забрана разводњавања чувеног жига мора се примењивати врло рестриктивно.

Dr. Slobodan Marković

Professor
University of Belgrade Faculty of Law

SPECIALTY PRINCIPLE AND PROHIBITION OF DILUTION OF FAMOUS TRADEMARKS LEGAL AND ECONOMIC INTERPRETATION

Summary

This article starts off with a presentation of economic foundations of trademark protection, and continues with an analysis of two essential institutes of trademark law: the specialty principle (as a rule), and the prohibition of dilution of famous trademarks (as an exception). The goal of the analysis was to reveal the economic logic behind the operation of the two, and thereby indicate the scope of the exception. The conclusion is that the prohibition of dilution of famous trademarks should exist only within the boundaries of the basic economic function of trademark, namely the promotion of market efficiency by reducing the asymmetry of information. Inversely, the proprietary economic reasoning behind the prohibition of dilution of famous trademarks leads to unjustified and excessively broad interpretation of this exception.

Key words: *Trademark. – Asymmetry of information. – Market efficiency.*

УДК 343.261-055.2(497.11)

Др Ђорђе Игњатовић[*]

Мр Милана Љубичић[**]

ЖЕНЕ И ЗАТВОР: ОПШТА ПИТАЊА И СТУДИЈА СЛУЧАЈА

Рад се бави положајем жена у казненим установама. У његовом првом делу указано је на податке који говоре о порасту броја жена лишених слободе у последњим деценијама и резултатима истраживања о последицама такве казнене политике. У другом делу изложена су сазнања до којих су аутори до шли захваљујући прилици да комуницирају са бившом осуђеницом која је каз ну издржавала у Казнено поправном заводу за жене у Пожаревцу. Са њом су, после документационе анализе података о њеној кривичној ствари, обавили серију разговора, којима јој је пружена могућност да кроз полуструктурисани интервју вођен „лицем у лице“ изнесе своје трауматско искуство боравка у казненој установи. Оно је брижљиво и аутентично забележено и касније под вргнуто анализи садржаја, како би се утврдиле све свесне и несвесне поруке особе Б. Иако су се аутори трудили да не направе грешку и из појединачног ис куства једне (додуше нетипичне) осуђенице изведу опште закључке о казненом систему у коме се тако често и олако посеже за казном затвора, чини се да, узимајући у обзир и сазнања до којих су дошли истраживачи у другим делови ма света, све указује да је тај систем тешко може остварити циљеве које му друштво поставља. Очито је да он уместо омогућавања ресоцијализације осуђених лица, овима намеће пасивно потчињавање, развијајући код њих дво личност, параноидне ставове и специфичну мортификацију идентитета. Сто га и не треба да зачуди висока стопа пенитенцијарног поврата са којим се модерне државе суочавају.

Кључне речи: *Казнене установе. Жене. Студија случаја. Заводска лишавања. Поврат.*

[*] Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *ignjat@ius.bg.ac.rs*.

[**] Аутор је асистент Филозофског факултета Универзитета у Београду, *milanaljubicic@yahoo.com*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Криминалитет жена је дуго времена у науци био занемариван. Жене су углавном биле посматране као жртве, а много ређе као девијанткиње. У слику *о злочинкама*, онаквима каквима су их (у свом чувеном раду објављеном први пут 1893. године на италијанском језику под називом *Жена криминалац, проститутка и нормална жена*) видели Ломброзо (*Lombroso*) и Фереро (*Ferrero*), уклапало се врло мало њих. Основна тврдња ове двојице научника како је проституција код жена пандан злочину код мушкараца,[1] касније ће од феминисткиња бити препозната као сексизам у криминологији – док је мушкарцима дозвољено да играју улогу злочинаца, женама је та рола ускраћена. Заправо, њихово „злочиначко" понашање се углавном своди на проституцију и укључује, поред слабије наглашеног атавизма, изузетну интелигенцију и безосећајност. То их, наравно, чини различитим и од мушкараца-злочинаца и од њихових сестара које се крећу путевима врлине.[2]

Савремени дискурс о *невальалим женама,* чија се генеза не може тражити само у раној биолошкој криминологији, доживљава извесне промене. Наиме, крајем 80-тих година XX века, док је настајао, њиме су биле обухваћене само оне жене које се нису уклопиле у родом дефинисане улоге. Све оне које нису пронашле мужа, родиле (у законски регулисаној вези) децу, које нису имале изграђену каријеру, означене су као лоше. Током 90-тих година фокус дискурса о злој девојци је померен ка женама које су дошле у сукоб са законом, а њихове склоности ка преступу су објашњаване у контексту криминалитета мушкараца. Ради се о својеврсној маскулинизацији насиља жена: феминисткиње истичу да на исти начин на који тражи једнаку могућност на пољу легитимног деловања, жена настоји да „на велика врата" уђе и у свет криминалитета.

Чесни-Линд (*Chesney-Lind*) сматра да оваква представа о етиологији криминалитета жена снажно утиче на казнену политику. Ауторка тако подвлачи да је под утицајем дискурса о „невальалој жени" у САД-у, током 90-тих година XX века, дошло до значајног пораста њиховог учешћа у затворској популацији. Тако се, на пример, у периоду од 1992–2002. године, број мушких осуђеника на казну затвора увећао за 50%, док је у исто време број жена порастао за 175%,

[1] Ћезаре Ломброзо, Гуљелмо Фереро, *Злочиначки тип код жена и његово атавистичко порекло* вид. Ђорђе Игњатовић, *Теорије у криминологији*, Правни факултет у Београду, Београд 2009, 173.

[2] *Ibid*, 110. Закључци до који су ови аутори дошли оспоравају се и са мето долошког становишта. Трејвис Прат и сарадници посебно указују да контролне гру пе нису биле састављене на одговарајући начин, вид. Travis Pratt, Jacinta Gau, Travis Franklin, *Key Ideas on Criminology and Criminal Justice*, Sage, Los Angeles 2011, 31.

иако подаци указују да су мушкарци чешће регистровани као извршиоци кривичних дела. Она стога истиче да теза о витештву апсолутно не стоји, као уосталом ни етиолошка схватања феминисткиња.[3] Овај тренд она објашњава позивајући се на Гарландов термин „масовно затварање“.[4] Наиме, у затворима се налазе социјално и економски највулнерабилнији: мушкарци и жене, а да су ова места простори социјалне маргинализације, потврђују и налази бројних студија да се унутар ове институције углавном смештају припадници мањина. Од укупног броја лица лишених слободе, у америчким затворима су чак 2/3 обојени.[5] Овакви резиденцијални простори за сврху имају дисциплиновање сиромашних и обесправљених.[6] Концентрација

[3] Meda Chesney Lind, „Patriarchy, Crime, and Justice: Feminist Criminology in an Era of Backflash“, *Introduction to Criminology* (eds. A. Walsh, C. Hemmens), Sage, Los Angeles 2008, 227. Ова ауторка указује на бројне мањкавости феминистичке теорије о криминалитету. Логика феминизма била је да ће еманципација жена допри нети порасту њиховог учешћа у преступничким понашањима, али се та тврдња није обистинила. Заправо, показало се да су најсклоније вршењу кривичних дела оне које су најмање слободне и којима је пружено најмање прилика. Такође, крајње ретро градним се сматра и став да су покретачи криминалитета жена унутрашњи фактори, на пример, да су оне у поређењу са мушкарцима значајније склоне постиђивању. У литератури се истиче и да феминистичка теорија није у стању да објасни етиологију криминалитета жена јер је своди на само неколико чинилаца, као што је очигледно да занемарује показатеље који говоре о великој тамној бројци која скрива гро кри вичних дела које оне врше, вид. Ђорђе Игњатовић, *Криминологија*, Досије, Београд 2011[11], 57.

[4] Вид. Helen Johnson: „The ‘Punitive Turn’: The Shape of Punishment and Controle in Contemporary Society“, *Punishment and Control in Historical Perspective* (ed.H. Johnson), Palgrave Macmillan, Houndmills 2008, 235. Француски криминолог Микиели тврди да су такве тенденције дошле до изражаја и у другим западним друштвима, вид. Лоран Микиели: „Једно насилније друштво? Друштвено историјска анализа интерперсоналних насиља у Француској од 1970. до данас“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2008, 39. Таква тенденција виљива је и у нашој земљи у којој је пренасељеност казнених завода досегла раније незебележене размере. Број лица лишених слободе у њима крајем прве деценије XXI века прелазио је за 50% њихове смештајне капацитете, због чега је годишња цена пенитенцијарног система у Републици порасла на 63 милона евра, вид. Ђорђе Игњатовић: „Критичка анали за стања и тенденција у кривичном извршном праву Србије“, *Crimen Časopis za krivične nauke* 2/2010, 197.

[5] Kevin Moloney, Bram van den Bergh, Lene Moller: „Women in prison: The central issues of gender characteristics and trauma history“, *Public Health* 123/2009, 426; Devon Johnson: „Racial prejudice, perceived injustice, and the Black White gap in punitive attitude“, *Journal of Criminal Justice* 2/2008, 198. Слична је ситуација и у дру гим земљама: Antony Maden, Mark Swinton, John Gunn: „The ethnic origin of women serving a prison sentence“, *British Journal of Criminology* 2/1992, 218.

[6] Ово наравно, важи и за казнене установе намењене женама. Пат Карлен тврди да су у њима смештене углавном особе чије су стамбене прилике далеко од добрих, које не зарађују довољно и којима никада им нису биле доступне угледне образовне установе. Ова ауторка изванредно примећује апсурдност данашњег пеналног система: боравак у казненим заводима још више сужава могућности да

беспризорних на једном простору означава потпуну сегрегацију и изолацију потенцијално најопаснијих (или како ауторка каже: *the most thretening*), ослањајући се при том на савремену технологију и милитантне чуваре.

С друге стране, неки европски аутори сматрају да тзв. „хипотеза о каваљерству" (*chevalier hypothesis*) итекако стоји. Према њој, женама се за иста кривична дела одмеравају блаже казне, јер се уважава утврђени социјални образац по којем мушкарац (судија) игра улогу спасиоца. Такође, битну улогу у потврди хипотезе о витештву може, по њиховом мишљењу, имати и чињеница да жене извршавају не само мањи број кривичних дела, већ и да су она које су извршиле мање опасна. Углавном се ради о ситним крађама, чији је узрок екстремно сиромаштво и/или потреба да се збрине потомство. Ипак, сматрају они, постоји један изузетак: строже су, у поређењу са мушкарцима, кажњене оне жене које својим понашањем руше представу о својој *социјалној полној улози* – на пример, уколико убију дете или свог партнера[7].

Ови налази тумачени у контексту родно дефинисаних сфера једнакости и неједнакости жена указују на потенцијално опасан тренд. Између добрих и жена-злочинки постоје непремостиве разлике. Лоше жене не само да крше социјалне улоге задате родом/полом – њих је заправо немогуће разликовати од (такође, злих?) мушкараца. Коначне импликације оваквих представа су несумњиво бројне,[8] а неке ауторе највише забрињава занемаривање разлика између узрока криминалитета мушкараца и жена, њихових реалних потреба и утицаја затворских депривација (лишавања).

жене реше било који он наведених проблема са којима су се суочавале пре извршења дела, вид. Pat Carlen, *Alternatives to Women's Imprisonment*, Open University Press, Bu ckingham 1990, 103.

[7] Dragan Petrovec, Mojca Plesničar: „Perception of female criminality through sentencing", *Crime Policy, Crime Control and Crime Prevention Slovenian Perspectives* (eds. G. Meško, H. Kury), Tipografija, Ljubljana 2009, 465.

[8] Од чисто организационих и економских (обезбеђивање смештаја, чувања и задовољавања читавог низа потреба затвореница каква је на пример медицинска нега) до оних које укључују рад на ресоцијализацији. Уз то, ваља приметити да се ова последња сматра мањкавом, о чему сведочи и висока стопа повратништва. Тако Флин наводи податке о рецидивизму у Енглеској и Велсу по којима чак 47% пуно летних мушкараца и 40% жена који су већ издржавали казну изврше ново кривично дело у року од две године; код малолетника тај проценат је још виши: дечаци су по вратници у 75%, а девојчице у 51% случајева, вид. Nick Flynn: Introduction to Prisons and Imprisonment, Waterside Press, Winchester 2002, 15.

2. ЖЕНЕ ЗАТВОРЕНИЦЕ: ОПШТИ ПОДАЦИ

Чини се да се сва савремена друштва суочавају са значајним порастом броја затвореника. По подацима у Енглеској и Велсу 2006. године њихов број се попео на 82.000 како кажу аутори *hitting all-time high.*[9] Заправо, од 1940. године до данашњих дана затворска популација је више него удвостручена.

Молни (*Moloney*) и сарадници у већ цитираном раду из 2009. године наводе податак да се у затворима данас налази од 2–9% жена. Изузетак представља Кина (22%), Мјанмар (18%) и Тајланд (17%), у којима је удео жена у затворима знатно већи. Алармантни су и подаци о броју жена лишених слободе у САД. Током XX века број затвореница се кретао од 5.000 до 10.000, а почетком овог он се удесетостручио (100.000).[10] Такође, они износе забрињавајући податак да је првих година овог века дошло до значајног пораста припадница мањина унутар затвореничке популације, и то нарочито у развијеним земљама.

Што се Републике Србије тиче, пажљивија и теоријски поткованија истраживања затворске популације, уз ретке изузетке, нису рађена. Проблематика затворских депривација је привукла пажњу тек неколицине истраживача,[11] а разлоге је могуће тражити како у научној моди, која је укључивала и родну сегрегацију (или: жене нису биле интересантне!), тако и у чињеници да затвори спадају у тоталне инистуције у које је релативно тешко ући. Жене у Србији казну затвора издржавају у Казнено-поправном заводу за жене у Пожаревцу.[12] Податке о броју осуђених жена могу се пронаћи у Правосудној ста-

---

[9] H. Johnson, 235.

[10] Пораст броја жена које су осуђене на казну затвора по овим ауторима коинцидира са одустајањем од политике рехабилитације. Напуштање рехабилитације као сврхе кажњавања често се доводи у везу са познатим текстом којим је Р. Мартинсон 1974. године у часопису *Public Interest* сумирао резултате америчког пенитенцијарног система после Другог светског рата. Он је тада изрекао констатацију да у области рехабилитације осуђеника „ништа не функционише“ (*nothing works*), израз који су касније користили сви они који оспоравају „филозофију третмана“ вид. Yvonne Jewkes, Jamie Bennett, *Dictionary of Prisons and Punishment*, Willan Publishing, Cullompton 2008, 184.

[11] Јелена Шпадијер, *Затвореничко друштво*, ИКСИ, Београд 1973; Добривоје Радовановић, *Човек и затвор: студија интегрисаности у затворенички друштвени систем*, Прометеј, Београд 1992; Ј. Шпадијер Џинић, Оливера Павићевић, Биљана Симеуновић Патић, „Жена у затвору депривације затвореничког живота“, *Социологија* 3/2009, 225.

[12] Овај завод у Пожаревцу је једина установа у Србији у којој казну затвора издржавају жене. Зграде завода су изграђене 1874. године, а тренутно смештајни капацитет износи 177 особа.

тисици коју редовно објављује републички Завод за статистику.[13] Невоља са подацима ове врсте је што се не могу издвојити жене које издржавају казне и поредити са мушкарцима. Постоји још један релевантан извор података о затвореницима који прати осуђенике с обзиром на нека обележја разликујући их, између осталог, и по полу. Ради се о Годишњим извештајима Управе за извршење заводских санкција који се објављују на сајту Министарства правде Србије.[14] Ипак, ови Извештаји се објављују тек последњих пет година (од 2005. до 2009. године, табела 1). У том периоду је број затвореника варирао, али је процентуално учешће жена у овој популацији константно расло (од 2,04% до 3,32%), са изузетком 2008. године. Очигледно, и наша Република се уклапа у постојећи тренд када је реч о популацији затвореница. Даље, ваља приметити да је међу женама осуђеницама све већи број повратница.

Табела 1. Кретање броја жена осуђених на казне затвора у периоду од 2005. до 2009. године

Година	2005.		2006.		2007.		2008.		2009.	
	ф	%	ф	%	ф	%	ф	%	ф	%
Број осуђеница на дан 31.12.	133	2.04	162	2.81	189	3.08	182	2.35	240	3.32
Повратнице	60	45.11	113	69.75	145	76.71	107	58.79	152	63.33
Укупан број затвореника	6488	100	5755	100	6240	100	7751	100	7223	100

Извор: *Годишњи извештаји о раду Управе за извршење заводских санкција од 2005. до 2009. године*

Налаз о порасту броја жена у затворима, додатно забрињава, уколико се на уму има да, у поређењу са мушкарцима, жене знатно теже погађа издржавање затворске казне.[15] Сматра се, наиме, да жене интренализују насиље, те да затварање има снажнији ефекат на њих, посебно ако су претходно биле виктимизоване. Да овај обзир има основа сведоче и налази бројних студија,[16] који се у најопштијем своде на констатацију: највећи број жена које издржавају затворску казну доживеле су трауматска искуства злостављања и занемаривања

[13] *http://webrzs.stat.gov.rs/axd/drugastrana.php?Sifra 0013&izbor tabela,* 20. март 2011.

[14] *http://www.uizs.mpravde.gov.rs/,* 22. март 2011.

[15] Вид. D. Petrovec, M. Plesničar.

[16] Bronwyn Morrison: „Controlling the ‘hopeless’: Re Visioninig the History of Female Inebriate Institutions 1870 1920“, (ed. H. Johnson, 135); Seena Fazel, Jacques Baillargeon, „The health of prisoners“, *Lancet* 2011, 956.

и у детињству и у одраслом добу. Овој спирали немоћи додатно доприноси и губитак слободе и друге депривације својствене затворском контексту, које су потенцијално високо угрожавајуће. Таква су, на пример, системска решења којим је допуштено да се у женским затворима запошљавају и мушкарци.[17] Уколико овом додамо чињеницу да су нека истраживања[18] јасно указала да се у затворима репродукују (и) родне улоге и социјално нормирана количина (пожељног и) дозвољеног насиља,[19] не чуди да је број покушаја суицида и самоубистава жена у затворским установама изузетно висок.

Поред тога, затвори имају институционални дизајн и оперативне процедуре које су направљене по мушком моделу, без уважавања потреба и профила затвореница. Тако је честа пракса затварања жена у установе у којима казну издржавају и мушкарци. То обично значи погоршање њиховог положаја, јер жене у тим ситуацијама не могу да остваре иста права као и осуђеници мушког пола (да буду радно ангажоване ван затвора или пак да проводе више времена ван ћелија).[20]

Коначно, затварање има изузетно неповољан утицај и на децу и на утамничене мајке. Нека истраживања су тако показала да је негативно девијантно понашање детета[21] у директној вези са друштвено неприхватљивим понашањем мајке.[22] Не само да се претпоставља да,

---

[17] Ламберт и сарадници наводе податак да историјски посматрано, међу особљем затвора доминирају мушкарци. У САД је тек трећина затворских чувара женског пола. Разлоге ваља тражити у предрасудама: чувари мушког пола сматрају да њихове колегинице не би требало да раде у затворима јер им недостаје способ ност (снага?) да се у рестриктивном, високо угрожавајућим условима снађу, вид. Eric Lambert *et al.*, „The Effects of Different Aspects of Supervision Among Female and Male Correctional Staff: A Preliminary Study", *Criminal Justice Review* 4/2010, 492.

[18] Вид. M. Chesney Lind, *passim.*

[19] Највећем ризику од сексуалне злоупотребе изложене су жене које су и раније биле сексуално злостављане, најчешће у детињству.

[20] Наравно, постоје и супротни случајеви. У најмодернијој и по условима које осуђеницима пружа најузорнијој казненој установи у Аустрији, смештеној у Лобену, постоји и одељење за жене (и малолетнике). Показало се да је побољшање услова живота осуђеника и њихово приближавање условима на слободи довело до смањења нетпељивости и агресије међу свим затвореницима, вид. Ireen Winter, „The new Leoben Institute of justice a model on trail", *Crimen* 1/2010, 120.

[21] У новијој литератури наводи се да девијантно понашање не мора имати негативан предзнак. Тако Хекертови деле девијантна понашања на она која среди на оцењује као негативна (отпадништво, наметљивост, индискреција, бизарност, неодговорност, отуђеност, хедонизам, преварност, расколништво и неотесаност) и позитивна (алтруизам, брижљивост, дискретност, исправност, хиперодговорност, кооперативност, умереност, истрајност, пацифизам и љубазност), Alex and Druan Heckert: „Using an Integrated Typology of Deviance to Analyze Ten Common Norms in US Middle Class", *Deviant Behavior: A Text Reader in Sociology of Deviance* (ed. E.Clarke), Worth Publishers, New York 2008, 20.

[22] Вид. Милана Љубичић, *Породица и делинквенција*, Чигоја, Београд 2011, 65. О размерама проблема говори следећи податак: резултати истраживања потврђују

у случају да је мајка девијанткиња, детету недостаје љубави и пажње нарочито у нижем узрасту, већ је оно суочено и са значајном стигмом у социјалном миљеу. Уз то, осуђенице мајке су двоструко неуспешне. Оне су и формално и неформално кажњене: и због кршење закона и као прекршитељице социјалног обрасца понашања допуштеног женском полу.[23]

Даље, с искуством траума се веома често везује и злоупотреба психоактивних супстанци. Молни са сарадницима у већ наведеном раду из 2009. године износи податак да је чак половина жена које издржавају казну затвора у САД и у Аустралији у току вршења кривичног дела било под утицајем психоактивних супстанци. Коначно, ова слика се уклапа у XIX-вековни концепт који етиологију женске девијантности злочина по правилу доводи у везу са конзумирањем психоактивних супстанци. Тако су се, на пример, у викторијанској Енглеској, примарни злочини жена сводили на хабитуално пијанство и његове последице (на пример, окрутно поступање са децом и њихово занемаривање). Како бележи правосудна статистика, пијанство је крајем XIX века постао све учестали начин понашања жена. У периоду од 1862. до 1903. године број жена које су вршиле преступе у пијаном стању порастао од 32.928 на 53.383. И *The Times* из 1893. наводи податак да је 80–85% жена које су осуђене на казну затвора, кривично дело извршило под утицајем алкохола (у поређењу са 60–65% мушкараца). Ипак, положај жена-пијаница је, условно речено, био привилегован. Оне, наиме, нису слате у затворе, као што је то био случај са мушкарцима, јер се сматрало да су тамо услови суровији. Уместо тога, затваране су у институције за пијанице, на недоређен период. Иза такве праксе се несумњиво крила заштита јавног интереса. Ове жене су представљале и финансијски и социјални терет за своје породице и као мајке и као супруге. Уз то, веровало се да на жене алкохол утиче у далеко већој мери у поређењу са мушкарцима, што их и чини тешким и проблематичнима. Заправо, *hysterical frenzy*

да су деца чији су родитељи на издржавању затворске казне у већем ризику да у каснијем животу имају емоционалне и проблеме у понашању, не успеју да заврше школу, као и да буду „пацијенти“ малолетничког или „општег“ система кривичног правосуђа. Подаци о томе колико је такве деце у Србији нису доступни, али они које објављују Хофман и сарадници за САД су шокантни: тамо је у 2007. години у казненим установама боравило око 810.000 родитеља, а број њихове деце млађе од 18 година био је већи од 1.700.00! Вид. Heath Hoffman, Amy Byrd, Alex Kightlinger: „Prison programs and services for incarterated parents and their underage children: Results fron National survey of correctional Facilities“, *The Prison Journal* 4/2010, 397.

[23] О томе какви су резултати једног истраживања о сложености породичних односа затвореница у финским казнионицама, вид. Rosi Enroos, „Mothers and prison: between the public institution and private family relations“, *Child and Family Social Work* 2011, 12.

стање је правило када су у питању пијане жене, али је оно у случају мушкарца тек изузетак.[24]

Треба подвући да ставове како је са женама-затвореницама теже изаћи на крај и данас заступају службеници пенитенцијарних установа.[25] Можда се разлог томе доиста и крије у чињеници да се, процентуално посматрано, на глобалном нивоу број зависница међу женама већи него међу мушкарцима-затвореницима. Системски преглед и мета анализа 62 истраживања којима је било обухваћено 23.000 осуђеника показује да је око 10–48% мушкараца и 30–60% жена у време хапшења злоупотребљавало или било зависно од дрога.[26] Финска студија је 2006. дошла је до још алармантнијих података – од 246 финских затвореница, чак 80% биле су зависници од дроге.[27] Неки (као Халовеј и Бенет) сматрају налаз да су жене затворенице чешће интравенозне кориснице наркотика у поређењу са мушкарцима, стоји и на глобалном нивоу. Коначно, злоупотребом и зависношћу је повезан и читав низ ризика, првенствено оних здравствене природе.[28] Наведени фински аутори уочавају на узорку од 88 жена затвореница и 300 мушкараца да је *HIV* инфекција знатно чешћа код заворенница (у 71% случајева) у поређењу са затвореницима. Такође, аутори су уочили да је ризик од инфекције *HIV*-ом различит за жене и за мушкарце. Много чешће жене су у затворску институцију долазиле претходно инфициране (ризични сексуални односи и коришћење истих игала од стране више наркомана), док су се мушкараци инфицирали у затвору. У њиховом случају, инфекција је била у позитивној корелацији са дужином боравка у затвору и узрастом, а најчешће се преноси коришћењем истог прибора за тетовирање. Поред тога, ваља указати да су налази финске студије сагласни са резултатима истраживања којим је обухваћено 75 земаља које спадају ред средње и ниско развијених. И ту се показало да су жене чешће инфициране *HIV*-ом, као и да у неким земљама међу затвореницима оваква инфекције нема.[29]

[24] B. Morrison, 147.

[25] М. Љубичић, 79.

[26] S. Fazel, J. Baillargeon.

[27] Paivi Viitanen *et al*., „Hepatitis A, B, C and HIV infections among Finnish female prisoners Young females a risk group“, *Journal of Infection* 1/2011, 59.

[28] Вид. S. Fazel, J. Baillargeon. У сваком случају, затвореници оболели од *HIV* спадају у категорију коју Мајкл Велш назива *проблематична заводска популација*. У њу, уз њих, спадају сва она лица којима је у казненим установама неопходна по себна медицинска или слична нега попут немоћних, старих или особа којима је потребан психијатријски третман, вид. Michael Walsh, *Ironies of Imprisonment*, Sage, Thousand Oaks 2005, 62.

[29] Према S. Fazel, J. Baillargeon.

И стручњаке и лаике нарочито забрињава то што се зависност од психоактивних супстанци веома често доводи у везу са рецидивизмом. Блекбурн (*Blackburn*) и сарадници су, користећи метод који су назвали феминистичким (или, како је *Rinharz* зове: *quest for truth*), извршили квалитативну, мултиметодску и мулитдисциплинарну анализу повезаности поновног вршења кривичног дела и историјата зависности која претходни затворској казни.[30] На узорку од 26 аустралијских испитаница узраста од 22 до 26 година, аутори су утврдили да је међу њима било чак 23 повратница. Од тог броја, 15 је кривична дела извршило услед непосредне потребе да дођу до дроге, уз чињеницу да су све рецидивисткиње имале резиденцијалне проблеме, као и да нису биле укључене у метадонски програм.[31] Даља анализа је ипак показала да се иза овакве пасивно-самоубилачке праксе крију дубљи узорци. Оваквом исходу је претходила рана виктимизација (у детињству) и изостанак бриге одговорних институција, што је водило ка самосналажењу будућих делинквенткиња. Рану материјалну независност обезбеђивале су бавећи се проституцијом и вршењем ситних крађа, што је коначно и резултирало употребом супстанци. Ипак, аутори су уочили и тзв. протективне факторе. Најзначајнији међу њима је био мајчинство, уз коректан однос и подршку и од стране социјалних служби и службеника задужених за пробацију.

Податке о броју зависника од психоактивних супстанци у затворима[32] на основу *Годишњег извјештаја Управе за извршење заводских санкција* није могуће разликовати с обзиром на пол. Ипак, што се зависника од алкохола тиче, показало се да се у затворима у Србији у периоду од 2005. до 2009. године њихово проценатуално учешће у популацији затворника креће од 6,61% (2005) до 13,01% (2007, табела 2). Број зависника од дроге је знатно већи када се упореди са бројем алкохоличара и креће се од 25,49% (2005) до 48,39% (2007, табела 2). Поред тога, чини се да њихов број изазива забринутост надлежних. Један од одговора на нарастајућу претњу је и отварање Одељења без дрога, које функционише по принципу поткрепљивања наградом (и казном), а чији је циљ потпуна апстиненција и одвајање од остатка затворске популације. Благодети овог одељења је током 2009. године користило 43, и то искључиво мушка затвореника.[33]

---

[30] Ashley Blackburn *et al*., „Too Close for Comfort: Exploring Gender Differences in Inmate Attitudes Toward Homosexuality in Prison“, *American Journal of Criminal Justice* 1/2011, 59.

[31] Не својом кривицом чекале су на пријем у казнену установу.

[32] Тестирање на заразне болести и психоактивна средстава је у казненим институцијама дозвољено у случају основане сумње, а пружање отпора здравстве ном прегледу или мерама за спречавање опасности од заразе спадају у теже дис циплинске прекршаје, вид. Ђорђе Игњатовић, *Право извршења кривичних санкција*, Правни факултет у Београду, Београд 2010а, 163.

[33] Одељења без дроге постоје на две пилот локације: у Казнено попраном заводу у Нишу и Специјалној затворској болници у Београду.

Табела 2. Број зависника од психоактивних супстанци у затворима у Србији периоду од 2005. до 2009. године

Година	2005.		2006.		2007.		2008.		2009.	
	ф	%	ф	%	ф	%	ф	%	ф	%
Бр. алкохоличара	429	6.61	659	11.45	812	13.01	779	10.05	712	9.86
Број зависника од дроге	1654	25.49	1724	29.67	3019	48.39	2948	38.03	2428	33.61
Укупан број затвореника	6488	100	5755	100	6240	100	7751	100	7223	100

Извор: *Годишњи извештаји о раду Управе за извршење заводских санкција од 2005. до 2009. године*

Коначно, ваља подвући да је присуство соматског, а нарочито менталног поремећаја, уско повезано са ризиком од покушаја самоубиства и самоубиством. Заправо, самоубиство је главни узрок смрти у затворима,[34] а Занг (*Zhang*) и сарадници наводе да је стопа суицида у затворима, зависно од друштва до друштва 4–14 пута виша у поређењу са општом популацијом.[35] Унутар ове популације, као нарочито вулнерабилне, Светска здравствена организација (*WHO*) наводи старије особе, мушкарце старости од 15 до 49 година, неприлагођене староседеоце (урођенике), ментално оболеле, зависнике од психоактивних супстанци, особе у притвору и оне који су раније покушавали суицид. Треба истаћи да, иако затворене жене врше самоубиства пет пута чешће од оних на слободи, и чак два пута чешће од мушких затвореника, у Препорукама *WHO* „још увек не постоје дефинисани профили жена које су у ризику од самоубиства током боравка у затвору/притвору".[36]

Претпоставка је да су у повећаном ризику оне које немају подршку друштва и породице, које су раније покушавале суицид, и које су ментално оболеле. Такође, претпоставља се да рестриктивни затворски амбијент (*setting*) у значајнијој мери условљава суицидално понашање жена, у поређењу са мушкарцима. Занг и сарадници потврду овог става проналазе у изузетно високој стопи суицида међу

[34] S. Fazel *et al.*, „Prison suicide in 12 countries: an ecological study of 861 suicides during 2003 2007", *Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology* 2011, 191. Иначе, Помпили и Феракути подсећају да је самоубиство један од најзначајнијих планетарних проблема јавног здравља јер годишње у свету однесе више од мили он живота, вид. Maurizio Pompili, Stefano Ferracuti: „Suicide and some od its legal problems with particular reference to the shizophrenia patints", *Crimen* 1/2011, 27.

[35] Jie Zhang *et al.*: „Prison inmates' suicidal ideation in China: A study of gender differences and their impact", *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 6/2010, 959.

[36] Душица Лечић Тошевски (ур.): *Ментални поремећаји и поремећаји пона шања*, Институт за ментално здравље, Београд 2005, 6.

затворницама у Кини.[37] Ова земља се налази у самом светском врху по висини опште стопе суицида, а уз то представља интересантан изузетак: за разлику од општег правила, жене у овој земљи извршавају далеко већи број самоубиства у односу на мушкаце. Стопа суицида код жена лишених слободе виша је и у поређењу са осуђеним мушкарцима и (наравно) у односу на жене „на слободи". Такође, у току идентификовања ризичних фактора самоубиства затвореника, у Кини се показало да они зависе од тога коме полу припадају. Тако је, на пример, пронађено да су ризични фактори за мушкарце: неконзумирање алкохола и цигарета (!), одсуство социјалне подршке и самопоуздања. С друге стране, узимање алкохола, и тзв. криминално искуство (тип казне, укупан број затварања, криминалитет у ужој социјалној средини) делују као ризични фактори само у случају жена, али не и мушкараца. Коначно, наводи се да је значајан ризик и само неуважавање родних разлика приликом спровођења третмана.

Медликот (*Medlicott*)[38] и Бонер (*Bonner*)[39] истичу да се ризици за мушкарце и жене не разликују и да заправо укључују све од неструктурисаног провођења времена до емоционалног, физичког и сексуалног злостављања како у затворском окружењу, тако и ван њега. Фројвалд (*Fruehwald*) и сарадници су на основу искустава аустарлијских затвора, уз ова општа места, препознали као кључни суицидални фактор – слање у самице.[40]

Службени статистички подаци за Србију указују да су стопе суицида међу мушкарцима значајно више у поређењу са женама.[41] Да ли ова правилност важи и када је реч о затвореним лицима, не може се закључити из *Годишњих извештаја* који садрже податке о број затвореника који су се самоповредили, покушали или извршили суицид, али не и о њиховом полу. Уопштено, сазнајемо да број таквих затвореника стално варира (табела 3), као и да је склоност ка аутодеструктивности овог типа у мањој мери изражена у поређењу са подацима у свету.[42]

---

[37] J. Zhang *et al*.

[38] Diana Medlicott, „Surviving in the time machine suicidal prisoners and the pains of prison time", *Time and Society* 2/1999, 211.

[39] Ronald Bonner: „Stressful segregation housing and psychosocial vulnerability in prison suicide ideators", *Suicide and Life Threatening Behavior* 2/2006, 250.

[40] Stefan Fruehwald *et al*., „Suicide in custody: Case control study", *British Journal of Psychiatry* 2004, 494.

[41] *http://webrzs.stat.gov.rs/axd/ drugastrana.php?Sifra 0013&izbor tabela.*

[42] Упор. S. Fazel, J. Baillargeon.

Табела 3. Број затвореника који су се самоповредили, покушали или извршили суицид[43]

Година	2005.		2006.		2007.		2008.		2009.	
	ф	%	ф	%	ф	%	ф	%	ф	%
Број оних који су се самоповредили	294	4.53	411	7.14	215	3.45	484	4.97	288	3.99
Покушај суицида	49	0.76	93	1.62	67	1.07	47	0.49	60	0.83
Број извршених самоубистава			9	0.16	9	0.14	12	0.12	13	0.18
Укупан број затвореника	6488	100	5755	100	6240	100	9701	100	7223	100

Извор: *Годишњи извештаји о раду Управе за извршење заводских санкција од 2005. до 2009. године*

Коначно, а с обзиром на високе стопе суицида и често самоповређивање, нарочито жена,[44] ваља подвући став Светске здравствене организације да одговорност за здравље и сигурност осуђеника морају сносити пенитенцијалне установе.[45] То значи да ове институције морају предузимати и одговарајуће мере превенције, укључујући едукацију особља да препозна ризике, као и смањење њиховог реалног оптерећња обимом посла.[46]

Опште је место у пенолошкој литератури да живот у затвору доноси бројне депривације – од лишавања слободе, сигурности и аутономије, до материјалне и депривације хетеросексуалних односа. Став једног дела домаћих аутора је да, када је реч о лишавању у оваквом рестриктивном амбијенту, нема разлика између осуђеница и осуђеника.[47] Разлог томе се можда крије у чињеници да се затворе-

43 У *Годишњем извештају* за 2005. недостају подаци о броју затвореника који су себи одузели живот.

44 Наводе да се проценат жена које се самоповређују креће од 17 до 27%. У случају мушких осуђеника тај проценат износи 7 15%, вид. S. Fazel, J. Baillargeon.

45 Д. Лечић Тошевски, 12.

46 Такође, сачињена је и интересантна батерија питања, коју би требало примењивати одмах по пријему затвореника у пенитенцијарну установу. Потврдан одговор на само једно питање указује на повећан ризик од суицида. Међу пред ложеним опсервацијама су и: да ли затворника изражава безнађе и страх у погледу будућности; или показује знаке депресије као што су плач, недостатак емоција, не достатак вербалне изражајности; или пак ако признаје или показује да нема довољну унутрашњу/спољашњу подршку! О постојању ризика говори и избегавање активно сти и дружења са другим затвореницима, као и несугласце и проблеми са члановима породице који се јављају током посета. Из тих разлога, препоручљиво је надгледати их.

47 Вид. Ј. Шпадијер; Д. Радовановић; Ј. Шпадијер Џинић *et al.*

ници третирају подједнако независно од пола и родно дефинисаних потреба.[48] С друге стране, неки аутори[49] тврде да затворско искуство на различит начин доживљавају мушкарци и жене. Сматрају, наиме, да жене интериоризују насиље у складу са родним обрасцем, па су сконије менталним обољењима.[50] Уз наведено, примећују и да се жене далеко теже суочавају са депривацијом улоге мајке. Стога се у литератури истиче да би савремена криминална политика и кривично правосуђе требали озбиљно разматрати утицај оваквих животних траума на жене.[51] Другим речима, ови аутори се залажу да и затворски системи понесу део одговорности за домете интервенција (третмана) које се у њима спроводе.

3. СТУДИЈА СЛУЧАЈА

3.1. Неколико методолошких напомена

Увид у стручну литературу показује да је веома тешко доћи до валидних, објективних података о искуству боравка у затвору, нарочито уколико се истраживање врши у оваквој средини. Уз остале проблеме са којима се уобичајено срећу истраживачи,[52] овде се појављују и они специфични за саме респонеденте. Вођени жељом да се прикажу у што бољем светлу, и да не „изневере" очекивања испитивача, који су по правилу „лица са стране", испитаници најчешће дају тзв. пожељне одговоре. Из личног искуства знамо да испитаници у тоталним установама истраживачима приписују извесну моћ. На пример, за истраживача се верује да има моћ да посредно утиче на ток издржавања казне. Поред (мање-више изнуђене) сарадње,[53]

[48] Заправо, затвори су у почетку били установе за мушкарце, а тек касније су препознати и као институције у којима је могуће *поправљати* и посрнуле жене.

[49] D. Petrovec, M. Plesničar.

[50] Ово отвара и питање који механизми друштвене контроле ће у таквим случајевима бити примењени, вид. Петар Опалић: „Неформална и формална друштвена контрола душевно поремећених особа", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2006, 151. Такође, тврди се да осуђене жене агресију чешће окрећу према сопственом телу (нарочито према свом репродуктивном потенцијалу) и према сопственој деци, вид. Richard Taylor, Jessica Yakeley, „Women in Prison", *Psychiatry in Prison* (ed. S. Wilson, I. Cumming), Jessica Kingsley Publishers, London 2010, 86.

[51] K. Moloney, B. van den Bergh, L. Moller.

[52] Фундаментални проблем при сваком оваквом захвату је искреност добијених одговора. У литератури се могу наћи многобројни предлози како отклонити овај приговор (ретест, полиграф, триангулација података), али ниједан од њих не нуди сигурно решење. О осталим проблемима (анонимност, однос истраживач респондент, бележење одговора), вид. Dean Champion: *Research Methods for Criminal Justice and Criminology*, Pearson, Upper Saddle River 2006, 290.

[53] Како се с правом наглашава, већина истраживања извршених на затвореницима су на граници кршења (ако не и директно противна) једном од најважнијих

постоји и потреба да се прикажу у што бољем светлу (на пример, они су се ту нашли грешком, невини су, или: „много су лошији остали на слободи"!) На такву праксу нам је указала и наша саговорница, Б. Ево какав је њен став о истраживањима која се раде у затворима:

> Смешна су та испитивања која се врше по казнионицама. Када су код нас (у затвор) дошли неки да раде истраживање, командирице су наредиле која ће од нас ићи да разговара. Жене нису смеле да одбију, јер би се то рачунало као непослушност. Оне које су добровољно пристале, то су урадиле да би се ушлихтале командирицама. А онда су све испреписивале једна од друге или су писале шта им падне на памет. Намерно!

Уз то, ваља указати да се као један од проблема када је реч о аутентичном доживљају затворског искуства, пред истраживача ставља и велико ограничење везано за могућност да испитаник напише (уколико је писмен) или каже оно што мисли, односно да га вербализује на довољно разумљив и адекватан начин.

Наша саговорница у том погледу била нам је више него драгоцена. У првом реду, имала је потребу да у сигурном, неоптужујућем окружењу подели своје искуство боравка у затвору. Разговор са њом било је лишен очекивања секундарне добити – њена је затворска казна већ истекла. Такође, посебно је важна способност Б. да на разумљив начин пренесе своје, у извесној мери, трауматско искуство.

Због тога смо се определили за метод проучавања појединачног случаја и то његову, у литератури често коришћену варијанту – „животну историју", која се показује врло плодотворном у случајевима какав је овај.[54] Пошто смо детаљно проучили целокупну доступну документацију о кривичној ствари особе Б., са њом смо више пута обавили дуготрајне разговоре у њеној кући, вођене по моделу „лицем у лице"[55] и као полуструктурисан интервју.[56] Најпре смо замо-

етичких принципа поступања у овој области: добровољном учешћу респондената, вид. Michael Maxfield, Earl Babbie, *Basic of Research Methods for Criminal Justice and Criminology*, Thomson Wadsworth, Belmont 2006, 44. Овај проблем истиче и Тоул (Graham Towl, *Psychological Research in Prisons*, BPS Blackwell, Oxford 2006, 11) који наглашава да осуђенике нарочито оне црне пути беда у којој обитавају у казеним установама често тера да пристану на подвргавање мноштву истраживања која се на њима врше.

[54] Хаган наводи мноштво случајева у којима је америчкој криминологији врло плодотворно коришћен овај метод, вид. Frank Hagan, *Research Methods for Criminal Justice and Criminology*, Allyn and Bacon, Boston 2003, 228.

[55] У литератури се овај *face to face* метод прикупљања чињеница препоручују нарочито у ситуацијама када је, због природе предмета разговора (као у овом случају), битно да се целим његовим током оствари непосредна вербална и визу елна комуникација са респондентом, вид. Ian Crow, Natasha Semmens, *Researching Criminology*, Open University Press, Maidehead 2008, 132.

[56] Уважили смо искуства других истраживача и узели у обзир њихову препо руку да исту пажњу обратимо на оно што је речено и оно што је прећутано или о

лили саговорницу да размисли која искуства затворског живота би могла са нама да подели, водећи рачуна да би разговор, који је имао интенцију да буде терапијског типа, требао бити користан првенствено њој. Б. је била отворена да разговара: о свему! Стога смо у неколико вишечасовних разговора забележили све чега је она била спремна да се сети. Самој Б. је користио наш предлог да се при разговору руководи временским следом којим је стицала одређена искуства. Тако смо најпре разговарали о периоду који је претходио непосредном упућивању у затвор, о животу затвореница у пријемном, а потом у полуотвореном одељењу, те коначно, о данима који су претходили изласку из затвора. Аутентично смо записивали све о чему је причала, а потом јој написано проследили на својеврсну проверу. Тражили смо да материјале детаљно прочита и укаже на евентуалне пропусте, као и да дода све оно што сматра битним.[57]

На комплетиран материјал примењена је анализа садржаја, што нас је навело да као основну јединицу анализе издвојимо свеукупност доживљаја и акција које смо препознали као искуство затварања. Сматрамо да ово опште искуство укључује нека друга, посебнија. Такво је на пример искуство прилагођавања, које је даље повезано са процесима перцепције (*Шта видим око себе?*), процене (*Шта је за мене корисно? Шта лоше?*) и акције (*Шта ћу урадити?*). Поред овог, искуство затварања укључује и непосредно посматрање других учесница у процесу – у директном контакту (*Кога видим око себе?*), посредну рецепцију (сазнања о другима, из прича других) и рационално-емоционални доживљај (*Како ја разумем оно што ми се дешава? Како се ја због тога осећам?*).

За потребе овог рада издвојили смо неколико релевантних аспеката искуства, настојећи да их читаоцима пренесемо што изворније, речима саме отпуштене осуђенице.[58] Ради се о процени свог положаја

чему респондент не жели да прича, Juliet Corbin, Anselm Strauss, *Basic of Qualitative Research*, Sage, Thousand Oaks 2008, 28.

[57] У разговору са Б. све време придржавали смо се упутстава онога ште се новијој литератури назива „феминистичка / критичка етика истраживања". Њени кључни захтеви су да особе које се проучавају буду потпуно упознате са циљем и кључним цртама истраживања у коме учествују и да у њему активно партиципирају. Такође, научни циљеви не могу стајати испред људских: основни задатак истраживања мора бити да помогне испитанику у његовим свакодневним активностима и заштити слободу човека, вид. Peter Kraska, Lawrence Neuman, *Criminal Justice and Criminology Research Methods*, Pearson, Boston 2008, 127.

[58] У том погледу један од узора било нам је неколико текстова објављених у новијој америчкој литератури. У једном је ауторка, испитујући бивше осуђенике (о проблемима запошљавања по изласку из казнене установе и колико су те тешкоће допринеле поновном доласку у завод), такође настојала да њихове исказе пренесе аутентично, вид. Elizabet Speck, „Human services ant the prisoner reentry industry", *Dialectical Anthropology* 2010, 483. Слично је поступила и једна њена колегиница (Paula Johnson, *Inner Lives Voices of African American Women in Prison*, New York

у специфичној средини, опсервацији других и рационалној обради искуства затварања. Поред описа начина које је наша саговорница доживела затварање, пренели смо и њена сазнања о узроцима и импликацијама аутодеструктивног понашања осуђеница. Посебно, анализи смо подвргли и неке квантитативне аспкете самог разговора, који су нам се чинили релевантнима за илустрацију утицаја тоталне институције на мортификацију идентитета.[59]

3.2. Подаци о Б.[60]

Б. је у четвртој деценији живота. Средњошколског је образовања, натпросечно интелигентна. Пре упућивања у затвор била је запослена. Омиљена међу колегама. Нико од њих, укључујући и послодавца, не зна да је Б. била на издржавању казне затвора. Б. сматра да би такво сазнање шокирало њене колеге и да се она са њиховом реакцијом неодобравања не би могла лако изборити. У стабилној је вези последњих 10 година. Супруг и чланови уже породице (мајка и два брата) су јој пружали подршку током процеса суђења и боравка у затвору. Б. је осуђена због кривичног дела из области конвенционалног криминалитета на казну затвора дужу од годину дана. Извесно је да је дело последица лакомислености, а не криминалне склоности, о чему сведочи и чињеница да је кажњена минималном предвиђеном казном за извршено кривично дело (посебан законски

University Press, New York 2003, 197) која је непосредно (*in their own words*) пренела потресне приче о раним сексуалним злоупотребама, наркоманкама, емоционалним патњама и физичком злостављању, депресији и негативном самовредновању. Слично је поступљено и у још једном раду у коме је предмет истраживања било искуство црнкиња са везама насиља и злочина, вид. Gail Garfield, *Knowing What We Know: African American Women's Experiences of Violence and Violation*, Rutgers University Press, New Brunswick 2005.

[59] У питању је устаљен поступак којим се приликом пријема осуђене особе у казнену установу врши њена статусна деградација са циљем да јој се одузму битне друштвене карактеристике које су је на слободи разликовале од других лица. Тиме се њен идентитет своди на једну димензију осуђеног криминалца, вид. Nancy Herman, *Deviance A Symbolic Interactionist Approach*, General Hall, Lanham 1995, 597. Како заводска сегрегација утиче на формирање идентитета осуђеница које су у периоду 1995 2003. године биле смештене у канадске казнене установе, вид. Joane Martel, „To Be, One Has to Be Somewhere: Spatio temporality in Prison Segregation", *British Journal of Criminology* 4/2006, 587.

[60] Аутори су током договорања о сарадњи, Б. указали на сврху истраживања и гарантовали да ће поштовати њену жељу да оно буде анонимно. Због тога ће овде, у складу са Етичким кодексом Криминолошке секције СУКПТП (вид. *http://kriminolog.sekcija.tripod.com*) бити наведени само одређени подаци о овој особи. Истовремено, придржавали су се и свих препорука које се у литератури могу наћи о вођењу интервјуа са женским лицима која су дошла у сукоб са законом, вид. Pamela Davis, „Doing interviews with female offenders", *Doing Criminological Research* (eds. Victor Jupp, Pamela Davies, Peter Francis), Sage, Los Angeles 2007, 82.

минимум). Казну је издржавала у Казнено-поправном дому за жене у Пожаревцу.

3.3. Припрема за улазак – стратегије за олакшање

Б. је користила законску могућност да се извршење казне затвора одложи, а уз то је пре одласка у затвор, уложила неколико правних лекова у нади да ће казна (иначе минимална) била скраћена. То се није догодило, али је тај покушај за резултат имао: с једне стране, мирење са сазнањем да је казна неизбежна, а, с друге стране, окупљање блиских људи у настојању да јој помогну, Б. је пружило осећај значајне подршке. Када је стратегија са правним лековима исцрпљена, Б. је схватила да јој је једино преостало да се спреми за боравак у затвору. Припрема је укључивала добијање података о затвору и животу у њему. Б. се информисала користећи званичну интернет презентацију Министарства правосуђа, као примарни извор чињеница, не само о томе како Казнено-поправни завод изгледа, где је смештен и колико осуђеница у њему живи, већ и о томе каква су њихова законска права (на пример, када и како се може иницирати условни отпуст). Такође, сазнања о оном шта је очекује када у завод стигне, и како би се ваљало понашати, добила је из друге руке – од оних који су већ боравили у затвору. Све ове информације су помогле Б. да смањи снажно осећање неизвесности и страха.

3.4. Улазак у установу и боравак у пријемном одељењу

Први сусрет са затвором Б. описује на следећи начин:

> Не знаш где се налазиш. Пун си страха – спољашњи свет са причама да није тешка робија него робијаши (И јесте тако!). Кад си нов, службена лица се понашају оштрије, док те не упознају. Строге су. Не знаш да ли да се плашиш осуђеница или службених лица.

По доласку Б. су, као и осталим осуђеницама одузете готово све личне ствари. Ево како Б. описује то искуство:

> Одузимају ти гардеробу на пријему и узимаш оно што по закону смеш да унесеш у затвор – лонче за кафу, шољу, два бријача, веш, мајице, цигарете, шећер. Добијаш две униформе: летњу и зимску. Гардероба изгледа понижавајуће – летња се носи од маја од октобра – две љубичасте сукње, две беле мајице са кратким рукавима (испод њих се носи грудњак, јер можеш бити кажњен ако га не носиш), жакет (носи се и на 40 степени). Зимска гардероба – две сукње, СМБ боја, сива чоја, две кошуље са дугим рукавима (подсећају на војничке), један зимски џемпер и јакна (јакне су им одличне). Ципеле узимаш ако имају твој број, а ако немају дају ти могућност да доносеш

> од куће. Добијеш и два пара радних панталона, кошуље. Жене које немају, добијају чарапе и веш. Што задужиш на доласку, на одласку враћаш. Добија се и прашак, 0.5 кг, месечн, и један сапун.

Првих петнаест дана је провела у пријемном одељењу. Већ у карантину Б. је, посматрајући остале осуђенице, стицала представу о томе како се не би требала понашати. Такође, већ овде је добијала и упутства о правилима, а тих неколико дана доживљени су на следећи начин:

> У карантину буде 17–18 жена. Сваки дан стижу нове. Заједно преживљавате тај почетак. Прилагођаваш се на место где си дошао. Ту под обавезно сретнеш неку повратницу и онда те она бомбардује са разним причама – шта све можеш да очекујеш. Нон-стоп си затворен и нон-стоп под камером – тако проверавају ко је какав. Осећаш се лоше, гледаш кроз позор, немаш праву слику где си док не изађеш. Истина, ту си заштићен. Најтежи је почетак, не знаш шта ће да ти доделе; имаш васпитаче са којим стално причаш, али не знаш шта ће да ти одреде (које одељење). Тек на шетњи укапираш где си. По правилу не смеју да се сусрећу осуђенице са прекршајкама. Из тог карантина идеш у павиљон.

3.5. Искуства из саме казнене установе: живот омеђен регулама

Основна правила о понашању Б. је већ научила у карантину. Поред Правилника о кућном реду установе, који је формално регулише норме понашања у њој, велику помоћ у савладавању регула о томе како се ваља владати, Б. је добила од старих затвореница-повратница које су „попиле затворску памет“. Поред тога, посматрала је понашање других учесница, и на њиховом примеру учила како (не) треба:

> Постоје правила: њих учиш од повратница и службених лица. Повратнице те уче како да кршиш правила, можеш да пушиш у тоалету, додаш неком цедуљу за обroком, и тако то. Ако те ухвате у недозвољеној радњи кажњавају те: узимање повластица, спуштање у групу испод (*групу која има неповољнији режим – прим. аутора*), на одређен период. У полуотворном имаш бројна права и можеш да их изгубиш, ако се понашаш без везе, имаш сукоб и тако то, свака пријава одузима права. Што може да те намести осуђеница то не може нико, а старе нарочито. Свако те упозорава на њих. Старе се глођу и, у полуотвореном, малтретирају нове.
>
> Командирице умеју да разликују осуђенице једне од других, иако стално форсирају да смо све осуђена лица. То нема везе. То није тачно. Види се ко је какав, ко је, на пример, поштен, ко гледа своја посла и робија своју робију. Ако кршиш

правила јасно је да ће бити гори према теби. Са комадирицама је коректан однос – како се ти поставиш према њима, увек су строже кад си у маси, а кад си сам онда је боље. Добијеш правилник понашања, попуњаваш тестове. Ко је довољно интелигентан и зна да су ту камере он се понаша примерено. Понашаш се тако да задовољиш критеријуме. То значи да лежеш на време, устајеш на време, чистиш, да се не свађаш, да не галамиш, да ниси у групицама. Причаш са осталим осуђеницама, али кад видиш неку чупаву ситуацију, онда се трудиш да не будеш ту да се склониш од свега. Филозофија – гледај своја посла и бежи од ситуација где ти није место. Шта чујеш не чујеш, шта видиш не видиш.

Иако је касније научила како да нека, и то искључиво формална правила заобиђе, у почетку се чинило да се мора понашати по пропису. Како би увела ред у сложена и бројна правила, Б. се стално подсећала које норме мора поштовати и шта јој је коначни циљ:

Битно је да се не укључиш у лоше друштво, а свако се труди да те искористи, било како да те заведе. Сигуран си ако не кршиш правила, али је све другачије ако имаш нешто што можеш другима дати или позајмити. Другачије је и кад постанеш стари осуђеник (након 2–3 месеца).Тамо водиш свој живот, осуђеницама не причаш ништа о себи, број телефона, адресу и остало не дајеш. Нешто о теби ипак сазнају – када ти дође посета или долазиш са викенда стоје на ходнику и виде шта носиш. У том погледу нема приватности, зна се ко си. Ја нисам размишљала као осуђено лице, него како да завршим казну, како да одем одавде. Немаш ништа да научиш, само се трудиш да останеш какав си био. Причаш службеним лицим шта воле да чују. Осуђене жене које највише причају реално су непсимене, необразоване. Никад не причаш о кривичном делу, како је стварно било. Систем намеће ред, рад и дисциплину. Не мешај се у туђе ствари. Систем те учи како да се понашаш, немој да откриваш своје слабости јер ће те злоупотребити.

Б. је спадала у категорију непоблематичних осуђеница. Причајући о искуствима других, проблематичних, Б. је приметила да повреде кућног реда готово нису пролазиле некажњено, јер су их командири сами уочили или су о њима били обавештени од стране „цинкара“. Чула је да се строго кажњавало узимање туђих ствари, спремање јела унутар павиљона, позајмљивање цигарета, рад за/уместо других, сексуалне везе између жена.[61] Такође, Б. је чула да су посебно строго – слањем у самицу, кажњаване жене које су се физички сукобљавале и

[61] Ова понашања спадају у (теже или лакше) дисциплинске преступе и санк ционишу се дисциплинским мерама: укор, ограничење или забрана примања пакета до три месеца, одузимање посебних права, ограничавање или забарана располагања новцем у заводу до три месеца, упућивање у самицу у слободно време или током целог дана и ноћи. Ова последња мера, као и забрана или ограничење располагања

самоповређивале.[62] У Д павиљону, док је она тамо боравила, ни једна од 60 жена се није самоповређивала, покушала суицид или се убила. Тако углавном реагују жене које се налазе у тзв. затвореном одељењу затвора (по казивању Б., од полуотвореног и отвореног, оно се разликује по броју посета и пакета). Као основни повод сукоба између затвореница, а онда и самоповређивања, Б. наводи:

> До највећих сукоба долази због мењања партнерки. Жене се туку, остављене се самоповређују. Иста жена увек игра улогу мушкарца. Она је заводник, а све су жене око ње. Зна се ко су лезбоси, ошишане су и понашају се као мушкарци. Ако упаднеш у ту шему, обележен си и не можеш се касније исчупати. Службена лица уопште не воле лезбосе, мада је била прича да је једна командирица ушла у везу са осуђеницом из затвореног, која је чак успевала да због ње друге осуђенице оставе и своје мужеве. Затворенице их цене. Оне су главне у затвореном одељењу, имаш њихову заштиту, рибе које глуме лудило – оне су важне. У полуотворном је другачије, ту су сви добри због себе.

У прекршаје који су ригорозно кажњиви спада и употреба психоактивних супстанци (алкохола и наркотика). Б. истиче:

> Већина зависница је у затвореном павиљону, покривене су лековима. Раније је било дрогирања, па су пооштрили контролу. Две су дошле из града под алкохолом и одмах су спуштене у затворено. Веома су ригорозни. Ако дођеш пијан, ако закасниш. Оно што си добио не смеш да злоупотребиш, ником не гледају кроз прсте.

Примећује, а на основу искустава других, да је медицинска нега затвореница изузетно лоша. Упоређује је са робовласништвом и каже:

> Не дај Боже да се разболиш – и коње би убили третманом: све лече бруфеном и бенседином. Не верују да си болестан, јер то жене углавном злоупотребљавају. Постоје и оне које гутају жилете или кашике (*Питали смо – не повреде се, јер оштре предмете умотају селотејп траком*). Раде то да би их из затвореног (павиљона) послали у болницу, или да се освете некој жени, а кад се опораве следи им самица.

Б. је са нама поделила и неколико ставова о (бе)смислу затварања и импликацијама оваквог искуства:

> Систем те учи како да се понашаш. Паднеш толико ниско, покажу ти колико си мали – у једном тренутку имаш све,

новцем, изриче се само у случају тежих дисциплинских преступа, вид. Ђ. Игњатовић (2010а), 164.

[62] Угрожавање свог здравља, уз неодржавање хигијене и кориштење психоак тивних супстанци, на основу чл. 145 ЗИКС а, спада у теже дисциплинске преступе.

а у другом вадиш из картонске кутије отпадак од колача да би га појела. Онај ко је једном био у затвору па се врати поново, за тога нема поправног испита. Ако се вратиш, имаш дебео проблем у мозгу.

На крају, приликом читања, приметили смо и неколико битних одлика текста обављеног интервјуа, од којих су неки који су више квантитативне него квалитативне природе. Сматрали смо да су ова обележја материјала битна јер указују не само на рационалну обраду искуства, већ много више на емоционални доживљај и импликације затварања. Овај доживљај представља и вид мортификације идентитета, који се захтева у тоталним институцијама. Наша саговорница тако описује искуство затварања да користи треће лице једнине, не говорећи готово никад у првом. Поред тога, Б. најчешће употребљава заповедни тон – „мораш“, „требаш“, „немој“! Такође, живећи у таквим условима, она је научила да је за њу најбољи начин прилагођавања – поштовање правила. О томе сведочи не само начин и тон излагања, већ и високо (највише?) место које *правилима за преживљавање* придаје Б. Наравно, кроз овакве формалне, квантитативне одлике наратива промаља се извесна ригидност (природно чини се, несвојствена Б.), с једне стране. С друге, обезличење искуства, које је садржано у наративу: „Причам о другима, не о себи!“; „Трпим оно што ми се дешава, ја нисам актер!“; и инсистирање на привидном емоционалном искључивању када се говори о томе, представља својеврстан начин да се изађе на крај са високо угрожавајућим (не)приликама. Импликације оваквог начина прилагођавања су несумњиво бројне и озбиљне, а ми смо приметили једну очекивану (надамо се, не и трајног карактера). У питању је својеврсна параноидност, или блаже речено – изузетно неповерење према другима. Б. тако каже да ју је искуство затварања научило да се не треба отварати према другима, откривати своје слабости. Пружати што мање података о себи – сваког се треба чувати.

4. ЗАКЉУЧАК

Изгледа да су стварни домети жељених циљева који се рестрикцији слободе стављају веома ограничени. Наиме, чини се да заштита друштва од *злих* физичким издвајањем и њихово поправљање не даје дуготрајне резултате. Напротив, многи се питају да ли затварање уопште има позитивних ефеката? Посматрана из угла критичке криминологије, пракса затварања у пенитенцијарне установе заправо није ништа друго до превенција бунта неприлагођених по правилима владајуће класе. Да има основа за овакав став, потврђују подаци да се у затворима свуда у свету налазе готово искључиво

социјално маргинализовани мушкарци и жене: сиромашни, необразовани, припадници мањина. Уз то, они су неретко и зависни од психоактивних супстанци, ментално упадљиви, оболели од неизлечивих заразних болести. У затворима као специфичном социјалном пољу, до изражаја долази и родна подела, не само када се ради о дужини казни изричених мушкарцима и женама, него и код последица које затварање оставља на њих. Наравно, не треба заборавити ни депривације којима су ови људи, независно од пола, изложени. Све то упућује на специфичне начине прилагођавања, какви су, на пример, самоубиство или, чешће, рецидивизам.

Гледано на примеру наше саговорнице рекло би се да су очекивани резултати кажњавања лишавањем слободе минорни, уколико их уопште и има. Искуство затварања, сагледано кроз различите доживљајне праксе и делатне акције прилагођавања/преживљавања су за резултат у случају Б. имале развијање: лицемерства према затворском систему, параноидног става и својеврсну мортификацију идентитета. Колико ће ово искуство нашу саговорницу, која по нама спада међу *конвенционалне људе*, у будућности ограничавати – ментално и социјално? Колико ће њене животне шансе бити умањене уколико се сазна да је била у затвору? Искрено сумњамо да је иједан циљ који друштво ставља пред затварање у оваквим случајевима постигнут.[63] Пре ћемо се сложити са основаном констатацијом чувеног норвешког криминолога Матисена изреченом пре две деценије: „затварање се показало као фијаско у погледу свих циљева које смо му поставили".[64]

---

[63] То, наравно не значи да ће се особа Б. поново наћи у ситуацији да буде кривично гоњена. Ако је веровати новијим истраживањима, код ње су скоро у пот пуности заступљени они чиниоца који превенирају касније криминално понашање осуђеника. Познато је да су Макариос и сарадници у Охају проучавали предикторе рецидивизма мушкараца и жена отпуштених после издржане казне затвора. Конста товали су да су (независно од пола) у најмањем ризику да се поново нађу у казненој установи били они који су имали запослење, решено стамбено питање и према којима су предузети одређени третмани, вид. Mathew Makarios, Benjamin Steiner, Lawrence Travis, „Examininig predictors of recidivism among men and women released from prison in Ohio", *Criminal Justice and Behavior* 12/2010, 1377. Такође, у корист тог закључка говори и чињеница да особа Б. није зависник од наркотика, што се према једној новијој студији сврстава у најзначајније чиниоце повратакод жена вид. Annabel Taylor, „Substance Use and Abuse Women's Criminal Reoffending in New Zealand", *Journal of Women and Social Work* 2/2008, 167.

[64] Овај аутор је у књизи *Суђење затвору* уверљиво доказао да казна лишења слободе не постиже ниједан од циљева који се пред њу постављају: нити делује превентивно на појединце (рехабилитација претупника, његово онеспособљавање да понови дело и застрашивање су само неостварене жеље) нити генерално пре вентивно; уз то, она не доприноси ни остварењу теорије правде, вид. Thomas Mathiesen, *Prison in Trail*, Sage, London 1990, 137. Матисен се позива на познатог холандског криминолога Хулсмана који је тврдио да је одржавање идеје о нужности

На крају, ваља подвући да, иако има основа да се тврди да искуства затварања производе реакције сличне онима у случају лица Б., налазе ове студије нипошто не смемо генерализовати. Наиме, разговарали смо само са једном особом, која се не укапала у профил типичне (у најмањем, социјално маргинализоване) затворенице, с једне стране. С друге, сагледали смо и интерпретирали наратив који нам је наша саговорница понудила, првенствено кроз квалитативну анализу садржаја, руководећи се претходним теоријским знањима, али и уважавајући лично искуство Б. и доминантну причу. То свакако ову анализу не чини мање научном, али је отвара и за другачије, потенцијално различите интерпретације.

Dr. Đorđe Ignjatović

Professor
University of Belgrade Faculty of Law

Milana Ljubičić, MA

Assistant Lecturer
University of Belgrade Faculty of Philosophy

WOMEN AND PRISON: GENERAL CONSIDERATIONS AND A CASE STUDY

Summary

This paper offers an analysis of the position of women in penitentiary institutions. The authors firstly explicate data on the increase in number of incarcerated women in Serbia in the last decades, and clarify the results of the research related to the effects of such penal policy. The second part of the paper contains information obtained on the account of the opportunity to communicate with a female ex-inmate of the Penal Correctional Institution in Požarevac, Serbia. After a thorough documentary analysis of her case records, a series of semi-structured interviews

затварања преступника као основног начина реаговања на криминалитет једна од највећих заблуда савременог света. Он сматра да ова санкција има елементе теле сног кажњавања и набраја скоро све оно што је особа Б. навела као тешкоће са којима се суочила (од осећаја тескобе, промискуитета, смештајних услова, исхране, до угрожавања личности и породичних веза) и поентира констатацијом „затвореник улази у један отуђени свет у коме је свака веза изопачена“, Louk Hulsman, Jacqueline Bernat de Celis, *Изгубљене казне   Кривични систем под знаком питања*, Правни факултет у Београду, Београд 2010, 41.

with the former inmate were performed „face to face“, allowing her to put across a traumatic experience of her stay in the penal facility. This account was carefully and accurately noted down and later subjected to content analysis, in order to determine both cognizant and subliminal messages of the interviewee. The authors made an effort to avoid the mistake of generalization, and tried not to make wide-ranging conclusions regarding the existing penal system based on the experiences of one (though atypical) incarcerated person. However, and taking into account the conclusions of other researchers arrived at in other parts of the world, it may be inferred that a penal system which easily resorts to imprisonment as a form of punishment, hardly can achieve the goals put before it by the society. It is obvious that, instead of their re-socialization, a tough penal system imposes passive submission on the convicted individuals, and pushes them toward hypocrisy, paranoid attitudes and mortification of identity. For this reason, one should not be puzzled by the high rates of penitentiary recidivism in contemporary societies.

Key words: *Penal institutions. – Women. – Case study. – Prison deprivations. – Recidivism.*

УДК 316.644:343.352(497.11)

Др Саша Б. Бован*

ИСТРАЖИВАЊЕ ПЕРЦЕПЦИЈЕ КОРУПЦИЈЕ НА ПРАВНОМ ФАКУЛТЕТУ УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ

У раду се истражују ставови студената о корупцији на Правном факултету Универзитета у Београду у погледу раширености, узрока, облика и спремности студената на корупцију (систем вредности студената). На основу спроведеног емпиријског истраживања на ову тему, имајући у виду и друга релевантна испитивања корупције у Србији, аутор излаже тезу да су постојећа истраживања ове појаве, махом ставовског и експлоративног карактера, достигла своје лимите. Осим тога и ниво њихове теоријске обраде је релативно скроман, јер се углавном ради о социолошким интерпретацијама post factum (постдиктивна, а не предиктивна истраживања). Стога је потребно направити корак даље у правцу дијагностичких (појмови и хипотезе), а након тога и дескриптивних (емпиријске генерализације), те експликативних истраживања корупције (анализа односа између аналитичких променљивих). Извршена систематизација квантитативних података и закључци аутора представљају припрему у том правцу.

Кључне речи: *Корупција. Правни факултет у Београду. Ставови студената.*

1. УВОД

Основни циљ овога рада је да истражи ставове студената о корупцији на Правном факултету Универзитета у Београду. Потребу за оваквим анализама намеће, нажалост, суморна и сурова друштвена реалност, између осталих и у области високог школства. Тако, на пример, према релевантним емпиријским истраживањима, на листи проскрибованих професија по раширености корупције високо образовање заузима све више место („конкуренција" су: царина, правосуђе, здравство, политичке елите, итд.). Упоредна истраживања

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *bovan@ius.bg.ac.rs*

корупције из 2001. и 2006. године, указују на пораст корупције међу универзитетским професорима, од 33,9% на 37% одговора (на питање о оцени вероватноће да су поједине професије умешане у корупцију).[1] Најсвежија истраживања на тему корупције у Србији (*TNS Medium Gallup* – октобар 2010. године), такође указују да преко половине грађана Србије сматра да постоји висок ниво корупције у образовању (у односу на март 2010. стање је погоршано).[2]

Међутим, непосредан повод овог пројекта су истраживања перцепције корупције на Универзитету у Београду спроведена 2005. године у организацији Студентске уније Универзитета у Београду и невладине организације *Транспарентност Србија* (наручилац: Ректорат Универзитета у Београду). Прво истраживање је спроведено међу студентима, а друго међу наставним особљем. Посебан изазов било је ово друго, које је своје финале имало на конференцији за штампу, када је громогласно обзнањено да је на листи најкорумпиранијих факултета Универзитета у Београду друго место заузео Правни факултет.[3]

На тој конференцији некако је промакла чињеница, или бар остала дубоко у другом плану, да се ради о истраживању *перцепције* корупције, а не стварне корупције. С методолошке стране посматрано, основни недостатак поменутог пројекта, везан за ову врсту изјашњавања, јесте у томе што питање на основу којег је вршено рангирање по корумпираности („упишите пет факултета на којима је корупција присутнија него на другим"), није пропраћено с једним или више контролних упита, стандардних и незаобилазних у овом случају, где се испитаници изјашњавају о извору својих сазнања, односно процена о распрострањености корупције на појединим факултетима (лично искуство, разговори с колегама, медији, итд.).

Осим тога, споран је и квалитет (репрезентативност) узорка, јер је оствареност планираног узорка била тек делимична (48% од 144 упитника). Најзад, фреквенција изјашњавања на питање о корупцији у оквиру појединих факултета остала нам је непозната.[4] Све то значи да је, можда, на основу ставова тек неколико десетина испитаника, без контролних питања и са дискутабилним квалитетом узорка – што значи врло неозбиљно – изречена врло озбиљна квалификација на рачун Правног факултета у Београду.

---

[1] Борис Беговић *et al*., *Корупција у Србији пет година касније*, Београд 2007, 49.

[2] ТНС Медим Галуп УНДП, *Корупција у Србији трећи талас истраживања*, Београд 2010, 14 15.

[3] Стјепан Гредељ, „Ставови запослених на Београдском универзитету о корупцији", *Филозофија и друштво* 3/2007, 248 (питање Q25 у иницијалном упитнику).

[4] *Ibid*.

Чини се да има и додатних разлога за оспоравање објективности закључака на тему раширености корупције на појединим факултетима Универзитета у Београду. На крају свог рада, у коме даје приказ спроведеног истраживања, аутор истиче да тај текст и не би настао да није избила корупционашка афера на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу. Наравно да је том афером на читав образовни систем бачена неизбрисива љага, тако да је бомбастична синтагма „универзитетска мафија" изгледала примерено у овом случају, који ни после више година није добио правосудни епилог у коме би се утврдила макар судска истина. Међутим, остаје загонетно шта је С. Гредеља мотивисало да тим поводом изрекне тешку оптужбу на рачун Правног факултета Универзитета у Београду. Он каже дословце: „Мајсторско писмо овог умешног заната исклесано је у београдском храму легализма, чијег се високог места на неславној ранг листи у овом истраживању ваља поново сетити. Да се не заборави".[5]

Крајње је непримерено да универзитетски посланик јавно и олако изриче овако тешке оптужбе у стручном часопису, позивајући се на неубедљиве аргументе сопственог истраживања (бар када се ради о Правном факултету Универзитета у Београду). Но, без обзира на изречено, овај рад није настао као израз повређене професионалне сујете институције или појединца, или евентуално као покушај да се по сваку цену одговори на изречене оптужбе без обзира на стање ствари, са циљем да се, у крајњој линији, негира постојање корупције на Правном факултету. Поменута истраживања су једноставно, и само то, добар повод да се овом проблему приђе са више стручне озбиљности. Овај текст, као иницијални резултат једног ширег пројекта је, заправо, израз професионалне одговорности и скроман прилог напорима у очувању дигнитета струке и угледа установе, као и суочавања са стварним размерама корупције, независно од тога какви су коначни резултати спроведених посматрања. Сама чињеница да се она изводе (сада већ у континуитету – 2007, па 2010. године), као и да управа Правног факултета пружа пуну подршку њиховом извођењу, говори о спремности да се ухвати у коштац с овом опаком друштвеном бољком, по принципу „више одговорности – мање корупције".

Иначе, укупна перцепција корупције на Правном факултету, у испитаном узорку (студенти све четири године), слична је као у општој популацији, поготово када се ради о узроцима и распрострањености корупције. О укупним резултатима истраживања биће речи нешто касније. Међутим, ти резултати су нас навели на још један закључак, који је у исто време додатни и самостални циљ овог пројекта. Наиме, понављање готово идентичних резултата из истраживања у истраживање указује да су постојећа, ставовска и ма-

5 *Ibid.*, 258.

хом експлоративна истраживања корупције у Србији, која по свом теоријском рангу представљају ипак само социолошке интерпретације *post factum* (постдиктивна, а не предиктивна истраживања), достигла своје лимите.[6] Иреченом тврдњом, наравно, не жели се умањити значај тих пројеката. Наша стручно-научна заједница је дала запажен допринос у истраживању корупције у Србији. Иако суочена са инертношћу, може се чак рећи опструкцијом званичних институција, струка није била обесхрабрена, а резултат свега је више емпиријских истраживања и радова из ове области.[7] Осим тога, објављено је и пар тематских зборника о корупцији, који су, додуше, понекад више публицистичко-есејистичког карактера, али ипак указују на свест и забринутост академске заједнице због великог присуства корупције у српском друштву.[8]

Међутим, сматрамо да је дошао тренутак да се крене даље у истраживањима корупције. У овом моменту имамо критичну масу истраживања корупције, прилично квалитетну емпиријску грађу, ауторе с одговарајућим искуством у тој области, примерено интересовање академских кругова за ову проблематику, и најзад, велику друштвену потребу за наставак рада у расветљавању узрока и последица корупције. Корак даље подразумева прелаз на следећу фазу анализе, која представља помак од експлоративних ка дијагностичким, а након тога ка дескриптивним и експликативним истраживањима. То је фаза у којој се од прикупљања и интерпретације података прелази на терен њихове систематизације и теоријске обраде. Фаза теоријске обраде постојеће емпиријске грађе подразумева прво дијагностичка истраживања, тј. прецизирање основних појмова и формулисање одговарајућих хипотеза (фундаменталних, па из њих оперативних) која ће омогућити нова посматрања; друго, дескриптивни ниво анализе, тј. откривање емпиријских генерализација везано за коруптивну праксу; и треће, експликативну анализу, која се састоји у покушају да се логиком мултиваријантне анализе открију и докажу каузални односи у овој области.[9] Утолико и овај текст представља само увод у један такав шири захват.

[6] Пример квалитативног истраживања: Стјепан Гредељ, Зоран Голубовић, Наташа Шолић, *Професија и корупција*, Београд 2005.

[7] О тим напорима код: С. Гредељ, 242 244, С. Гредељ, З. Голубовић, Н. Шолић, 30 34.

[8] Добривоје Радовановић, Александра Булатовић (ур.), *Корупција*, Београд 2005, Горан Илић (ур.), *Корупција, основни појмови и механизми за борбу*, Београд 2007. Има и радова који су резултат актуалне социјалне и интелектуалне курентности ове проблематике, која постаје нека врста коњунктурне мантре, али без икакве на учне тежине. Пример: Миодраг Јовановић, „Политичка корупција и приватизација“, *Право и привреда* 5 8/2004, 429 438.

[9] У литератури се обично дијагностичка истраживања поистовећују са де скриптивним, вид. Rudi Supek, *Ispitivanje javnog mnijenja,* Zagreb 1968, 61 62. Овде

Додатно теоријско прецизирање појаве корупције, као прва фаза дијагностичке анализе, потребно је стога што у нашој јавности не постоји јасно препознавање корупције, односно присутна је подела на „велику и малу корупцију", при чему се степен њихове друштвене опасности различито оцењује. Осим тога, и као последица овог подвајања, уочен је велики вредносни раскорак између осуде корупције, која је на високом нивоу, и личне спремности на корупцију, која је такође изражена у великој мери. Даље, приметна је изражена толеранција према корупцији (навикавање на корупцију), и најважније, сусрећемо се са прилично магловитим представама о томе које поступке обухвата корупција. Наиме, највећи број грађана под корупцијом подразумева само мито – давање и примање новца, док размену услуга путем социјалне мреже (везе и познанства, рођачки и завичајни принцип), једна трећина испитаника у Србији уопште не сматра корупцијом.[10]

У односу на уочене тенденције, управо је наука позвана да прецизира и наметне појмовни оквир за разумевање ове појаве, пре свега из практичних разлога, у правцу мобилисања јавног мњења и ефикасније борбе у сузбијању корупције. Посматрано на теоријској равни – у смислу дубљег сагледавања и објашњења ове појаве, такође је потребно њено прецизније одређење, јер је изградња одговарајуће појмовне мреже основни предуслов за формулисање ваљаних хипотеза.[11] У том правцу, пре свега, потребно је одредити се према покушајима да се појам корупције прошири и на приватни (комерцијални) сектор, о чему ће бити речи у следећем одељку.[12]

Иако су постојећа истраживања корупције изложена критици с обзиром на дубину теоријске обраде података, и ово истраживање има карактер социолошке интерпретације *post factum*, што значи да изложени закључци захтевају још дубљу анализу. Разлог томе су стандарди које намеће часопис у погледу обима текста. Осим тога, ово је први део истраживања који је заокружен као нека врста систематизације и припреме квантитативних података (из сопственог и других истраживања) у правцу ка дијагностичким истраживањима корупције у Србији, тј. у правцу прецизнијег одређења појма корупције и кључних хипотеза за даља емпиријска истраживања на том плану (на пример, да се евентуално постави узрочна хипотеза о

сматрамо да дијагностичка истраживања, којима се прецизирају појмови и формулишу хипотезе, треба издвојити као посебну фазу или, боље рећи, међуфазу између експлоративних и дескриптивних истраживања.

10 Драгомир Антонић *et al*., *Корупција у Србији*, Београд 2001, 37.

11 Р. Супек, 74.

12 На овом приступу инсистира Vito Tanzi, „Corruption around the World: Causes, Cosequences, Scope, and Cures", *IMF Staff Papers* 4/1998, 564. У нашој литератури: Д. Антонић *et al*., 12.

корупцији као културолошком обрасцу у Србији, где ће се одређене варијабле појавити као аналитички променљиве и ставити у узрочно-последични однос).

2. ПОЈАМ КОРУПЦИЈЕ

У односу на ово питање заузимамо концептуално-реалистичку и финалистичку перспективу, супротстављајући се релативистичким и конвенционалистичким одређењима корупције, уз инсистирање на приступу који корупцију посматра не само са становишта њене суштине и појавних облика, него и са становишта последица које изазива. Најзад, понудићемо једну „тврду" дефиницију којом корупцију везујемо за државу, по логици према којој нема корупције без државе и вршења јавних овлашћења.

Према томе, успостављање односа између корупције и јавних служби представља *genus proximum* сваког покушаја да се иоле озбиљније одреди овај облик друштвене аномије.[13] Овим приступом желимо да истакнемо следеће: а) корупција је феномен који треба везати за државу и вршење јавних овлашћења, односно управљања јавним добрима. Корупција у приватном сектору представља други тип проблематике и подразумева другачији начин њеног решавања који произлази из разлике у заштити јавног и приватног интереса;[14] б) корупција подразумева и граничне случајеве, који се пре свега односе на парламентарну праксу и политичку (велику) корупцију (*soft money*, *pork barelling*, *log rolling*, итд.), чиме се ипак не доводи у питање почетни критеријум дефинисања који ову појаву везује за формалне организације;[15] в) ови гранични случајеви нису разлог за скептицизам и релативизам, односно нису таквог карактера да битно отежавају напоре у дефинисању корупције као што тврди (можда више реторички) Пол Хејвуд, ауторитет у овој области.[16]

[13] Joseph S. Nye, „Corruption and Political Development: A Cost Benefit Analysis", *American Political Science Review* 2/1967, 419; Arnold J. Heidenheimer (ed.), *Political Corruption, Readings in Comparative Analysis*, New Brunswick 1970, 4 6; Robin Theobald, *Corruption, Development, and Underdevelopment*, Durham 1990, 16; Andrei Shleifer, Robert W. Vishny, „Corruption", *Quarterly Journal of Economics* 3/1993, 599 601; Mushtaq Khan, „A Typology or Corrupt Transactions in Developing Countries", *IDS Bulletin* 2/1996, 12; Inge Amundsen, *Corruption Definitions and Concepts*, Bergen 2000, 1, 4 5; Marijana Trivunovic, Vera Devine, Harald Mathisen, *Corruption in Serbia 2007: Overview of Problems and Status of reforms*, Bergen 2007, 6.

[14] Супротно V. Tanzi, 564 565.

[15] Herbert H. Werlin, „Secondary Corruption: The Concept of Politicall Illnes", *The Journal of Social, Political and Economic Studies* 3/2002, 345 346.

[16] Paul Heywood, „Political Corruption: Problems and Perspectives", *Political Studies* 3/1997, 422.

У оперативној дефиницији Светске банке управо долази до изражаја овај институционални аспект корупције, када се каже да корупција представља коришћење (злоупотребу) јавних овлашћења ради прибављања личне (приватне) користи. Осим тога, корупција се везује не само за чињење или нечињење државних, него и сродних органа и служби, који не спадају у бирократску структуру државе у ужем смислу, али располажу јавним овлашћењима или управљају јавним добрима. Типичан пример су јавно школство и здравство.

У литератури се готово једногласно, и потпуно оправдано, истиче потреба да се корупција посматра и са становишта својих последица. У том правцу се истиче допринос В. Танција који у поље научне анализе уводи појам *непристрасности*, па следи да је корупција свако понашање којим се намерно нарушава принцип непристрасности при доношењу одлука у циљу присвајања неке погодности.[17] Не мислимо да је то нека спектакуларна новина, јер верујемо да је повезивање корупције са појмом *поверења* много битније за адекватно сагледавање ове појаве. У посебном раду ћемо детаљније образложити овај приступ, а за потребе овог рада излажемо само дефиницију која гласи: *Корупција је злоупотреба јавних овлашћења у приватне сврхе, којом се угрожава принцип непристрасности у раду јавних служби и тиме нарушава поверење грађана у друштвене институције и целокупан друштвени поредак једне заједнице.*[18]

Предложена дефиниција има равноправно теоријску и акциону димензију. Теоријску, јер указује на суштину, кључне аспекте и социјалне последице корупције, и акциону, у правцу фокусирања на њену друштвену опасност, као и у правцу едукације и мобилисања читавог јавног мњења у борби против коруптивне праксе. То је Србији преко потребно с обзиром на рашireност овог друштвеног зла у социјалном ткиву и с обзиром на прилично магловите представе у општој популацији о суштини, облицима и последицама корупције.

Овом дефиницијом се, заправо, жели истаћи како је свака корупција подједнако опасна, као што је опасна и перцепција у јавном мњењу којом се ова дели на велику (политичку) и малу (административну), којом се ствара вредносни раскорак између начелне осуде и личне спремности на корупцију, што повећава толеранција на корупцију.

---

[17] Vito Tanzi, „Corruption: Arm`s Length Relationships and Market“, *The Eco nomics of organized Crime* (eds. G. Fiorentini, S. Peltzman), Cambridge 1995, 167.

[18] Као што се види, овде је по терминологији која се користи заузет кла сични и доминантни приступ у анализи корупције (социопатолошки приступ). Ипак, у суштини, он се може укопитити и у приступ који заступа теорија друшт вене дезорганизације (структурално динамички приступ), који корупцију посматра као алтернативни модел функционисања (одрживости) институција у условима нарушавања (неодрживости) принципа легалитета и легитимитета њиховог рада. Детаљније код С. Гредељ, З. Голубовић, Н. Шолић, 20 26.

Емпиријска истраживања перцепције корупције у Србији снажно потврђују оправданост, шта више нужност овог приступа (где се корупција посматра пре свега са становишта својих последица). Године 2000. и 2002, у оквиру истраживања јавног мњења у Србији и региону, преко 65% испитаника оценило је раширеност корупције као изразиту.[19] Нешто касније (2004. године), у оквиру истраживања корупције у правосуђу, више од петине испитаника-предузетника (22,9%) сматра да су сви или већина судија и запослених у суду корумпирани, а нешто изнад половине (51,9%) да су корумпирани само неки.[20] Такође, и правосудне професије виде наше друштво пре као корумпирано него као некорумирано (највише адвокати – просечна оцена: 3,86).[21] Истраживање спроведено од стране Савеза студената Београда из 2005. потврђује перцепцију о раширеној корумпираности система.[22] Најзад, приликом истраживања корупције на Универзитету у Београду (2005. године), у оквиру општих ставова о корупцији, укупна перцепција о раширености корупције била је слична као у општој популацији (додуше са другачијим редоследом корумпираних професија – „логично“, на дну листе су припадници бранше).[23]

Резултати спроведених истраживања такође су показали да грађани Србије сматрају како је корупција један од највећих друштвених проблема. Ипак, ову су, по степену друштвене опасности, сврстали тек на пето место, иза политичке нестабилоности, сиромаштва, незапослености и криминала.[24] Поражавајуће је да је Србија по оцени опасности од корупције за друштво на зачељу у региону. На основу анализа из 2001. године корупција је прворангирана друштвена опасност у Албанији, Румунији и БиХ, другорангирана у Хрватској, на трећем и четвртом месту у Македонији и Бугарској.[25]

Међутим, више брине други податак, који говори о личној спремности на корупцију (81% испитаника је тврдило да су мито и корупција рак-рана сваког друштва, а истовремено се изјашњавају у 67% случајева да ситно подмићивање није велики друштвени проблем).[26] Истраживања из 2001. и 2002. године, управо на тему када је корупција оправдана, потврђују вредносни раскорак између начелне осуде корупције и оправдавања сопствених корупттивних

19 С. Гредељ, 238; Д. Антонић *et al.*, 40.

20 Борис Беговић *et al.*, *Корупција у правосуђу*, Beograd 2004, 31 32.

21 *Ibid.*, 86 87.

22 С. Шекељић, „Корупција универзитета“, *Студент*, април 2007, *http://www.sekelic.wordpress.com/2007/31/korupcija univerzita/*, посећено 26. априла 2011. године.

23 С. Гредељ, 250 251, 259 261.

24 Д. Антонић *et al.*, 35.

25 С. Гредељ, З. Гавриловић, Н. Шолић, 30.

26 С. Гредељ, 239.

понашања.[27] По истраживањима А. Морена из 2001. године, бивше комунистичке земље иначе имају највиши степен толеранције према корупцији.[28]

Исто тако забрињава податак који се добија као одговор на питање шта грађани подразумевају под корупцијом. Највећи број под тим подразумева мито – давање и примање новца, док размену услуга путем социјалне мреже (везе и познанства, рођачки и завичајни принцип) једна трећина испитаника уопште не сматра корупцијом.[29]

Најсвежија истраживања јавног мњења Србије на тему корупције (*TNS Medium Gallup* – октобар 2009, март 2010, октобар 2010. године), само потврђују резултате претходних анализа. Међу пет најчешће наведених друштвених проблема корупција је спомента тек од 7% испитаника.[30] Од грађана директно умешаних у корупцију (13%), њих 85% први су понудили мито, а да им то није тражено.[31] По мишљењу испитаника, ниво корупције је и даље висок, при чему су негативна очекивања већа од позитивних.[32] Најзад, и толеранција на корупцију је и даље наглашена, јер 83% грађана сматра да је то уобичајена пракса, док 32% оправдава корупцију на извесним нивоима.[33]

3. УПИТНИК

Једна од методолошких примедби на истраживање корупције на Универзитету у Београду из 2005. године односила се и на дужину упитника. Може се упитати колико је та примедба релевантна у ситуацији када су анкетирани припадници академске елите, које би требало да одликује висок ниво професионалне одговорности, поготово с обзиром на *self-administered* поступак попуњавања упитника, који је испитаницима остављао сасвим довољно времена на располагању.[34] Међутим, дужина упитника је битан лимитирајући фактор увек када су студенти популација која се испитује. Прво, стога што студенти по правилу немају довољно стрпљења и озбиљности

[27] Д. Антонић *et al*., 46 49, 55; З. Миливојевић *et al*., *Упутство за употребу корупције*, Београд 2002, 33 34.

[28] A. Moreno, „Corruption and Democracy: A Cultural Assessment“, *Comparative Sociology* 3 4/2002, 495 507; С. Гредељ, 263 264; Д. Антонић *et al*., 37 38.

[29] Д. Антонић *et al*., 37.

[30] ТНС Медим Галуп УНДП, 6.

[31] *Ibid*., 9.

[32] *Ibid*., 9 10.

[33] *Ibid*., 11.

[34] С. Гредељ, 247 248 фн. 12.

за испуњавање дужих упитника, и друго, упитници су попуњавани на часовима вежби и предавања не само код аутора овог пројекта, већ и других предавача, па је требало водити рачуна да им се не одузима пуно времена потребног за прелажење градива (на шта су наставници обично веома осетљиви). Да је тешко одржати пажњу студената у овим ситуацијама поново потврђује и лично искуство аутора. Чак и приликом попуњавања „простих“ упитника, на пример оних којима се врши евалуација рада наставника, тешко је одржати одговарајућу дисциплину (а то значи и пажњу) студената. С друге стране, присуство наставника, уз одговарајуће инструкције које су добили од аутора истраживања (припрема студената за испуњавање анкете, како би се повећала њихова заинтересованост и подигао ниво њихове озбиљности), помогло је да се смањи ризик од неодговорног понашања испитаника. Наравно, подразумева се да је анкета била анонимна, што је кључна претпоставка за искреност испитаника.

Из наведеног разлога упитник код овог истраживања не садржи стандардну групу питања која обрађују социодемографски профил испитаника. Сва питања су, стога, подељена на три групе са укупно 30 питања. Првих шест се односи на личне податке (година рођења, пол, смер на студијама, година уписа на факултет, година студија и статус – буџет или самофинансирање), затим следи 13 питања о коруптивним понашањима (узроци, раширеност, облици, лично искуство са корупцијом) и најзад 11 питања о варању на испитима (раширеност, облици, лично искуство и став према варању на испитима). Све у свему, питањима су обухваћене следеће основне области: распрострањеност корупције на Правном факултету Универзитета у Београду, облици корупције, узроци корупције и спремност студената на корупцију.

Спроведено истраживање има карактер панел испитивања у двоструком виду: прво и непосредно, јер је оно упоредног карактера (2007. и 2010. године), што значи да су питања морала бити идентична. Друго и посредно, овај пројекат се посматра као део заједничког рада и колективног напора да се што потпуније истражи ова појава, што је утицало на то да структура анкете и формулација питања у највећој мери прате претходна истраживања других аутора.

Поред истраживања ставова студената о распрострањености корупције на Правном факултету Универзитета у Београду (питања 2.4, 2.5, 2.11, 2.12), његов још важнији задатак састоји у припреми, тј. систематизацији емпиријске грађе (из сопственог, али и других релевантних истраживања) за потребе једне дијагностичке анализе (прецизно одређење корупције и формулисање одређеног сета хипотеза за њено даље испитивање). То прво значи да нам је намера формулисање хипотеза *ex post facto* карактера, тј. хипотеза које

нису изведене из теорије, већ из квантитативних података. Међутим, постављање емпиријских хипотеза није само себи циљ. Оне су, наиме, нужне за ширу теоријску анализу, односно погодне су за експликативну интерпретацију, када се истражују односи између аналитичких променљивих, тј. када се стварају претпоставке за примену програма мултиваријантне анализе. То у крајњој линији значи да се по свом значају, међу осталима, издвајају питања о узроцима корупције (питања 2.1, 2.2, 2.3).

Када се ради о ставовима студената о корупцији, посебно су важна питања о личној спремности на корупцију (питања 2.8, 2.9, 2.10), имајући у виду да се на Правном факултету у великом обиму стварају будуће генерације државних службеника и носилаца јавних овлашћења. Стандарним питањима на ову тему придодата су она о варању на испитима, која у односу на претходна имају контролни карактер, тј. могу послужити за суптилније и прецизније закључке о спремности студената на корупцију (питања 3.1 – 3.11, изузев питања 3.2. и 3.3). Питања о томе како се вара на испитима и како то спречити (3.2, 3.3) укључена су у анкету како би факултетска управа добила повратну информацију од студената на ту тему, а ради ефикаснијег сузбијања ове појаве.

4. УЗОРАК

Постоје различите врсте узорака, од којих се најчешће примењују они засновани на закону вероватноће. Постоје чак и мишљења да само тако изабрани узорак може бити репрезентативан. Ипак, чини се да се треба држати савета ауторитета у овој области, давно изреченог, да избор узорка одређују циљеви истраживања, постојећа обавештења о појави, ограничења пред којима се налазимо и начело рационалности у избору узорка.[35] Имајући у виду све ове околности, одлучили смо да се узорак формира по методу пригодног узорка (*accidental sample*). Разлог за ово опредељење је принцип рационалности и једноставности. Иако се ради о ставовима студената, а не о њиховим функционалним и динамичким особинама, околност да су они углавном сличног социоекономског положаја, узраста, културолошких навика, итд. омогућава примену овог узорка, а то значи његову репрезентативност. На квалитет пригодног узорка у великој мери утиче и његова величина. И са те стране постиже се репрезентативност, с обзиром на то да је упитником обухваћено између 8% и 10% активних студената са све четири године студија од укупно 7.353 активних студената колико их је било 2010. године (међу

[35] Р. Супек, 203.

којима између 1.000 и 1.500 обнављају годину, али не излазе на испите или то раде изузетно ретко).

Формирани узорак има и обележја квотног типа, јер је популација у узорку подељена на подгрупе према полу, години студија, статусу и смеру (на равни формирања стратума то је и обележје стратификованог случајног узорка). У табелама је исказана само подела према години студија и полу на нивоу целог узорка и унутар појединих година студија. Међутим, ова подела је изложена само информативно, како би се показало да пропорција према полу у узорку (на све четири године) прати пропорцију према полу у основном скупу, што такође доприноси репрезентативности узорка (4.511 женских и 2.842 мушких испитаника). Осим тога, анализа по подгрупама није дала битно другачију фреквенцију одговора на питања у односу на општу фреквенцију, тј. збирне резултате за 2007. и 2010. годину.

5. ЗАКЉУЧЦИ

Посматрано у контексту других релевантних емпиријских истраживања корупције у Србији спроведених после 2000. године, када се упореде њихови резултати (рачунајући и ово испитивање), намеће се закључак да су постојећа, махом експлоративна истаживања, достигла своје лимите. Виши теоријски ниво обраде података захтева прецизно одређење корупције и одговарајући сет хипотеза, пре свега фундаменталних, тј. експликативних (анализа односа између аналитичких промењљивих), на основу којих ће се изводити оперативне хипотезе, нова посматрања и одговарајући закључци.

При сагледавању узрока корупције од стране испитаника на Правном факултету (питања 2.1, 2.2, 2.3), резултати указују на превагу културолошких у односу на економске и правне чиниоце. Културолошки фактори изражени кроз неколико итема (морална криза, особености нашег менталитета, прећутно толерисање корупције на Факултету, свест и ставови наставног кадра) на првом су месту (43% узорка – 2007. године, 37% – 2010. године), а за њима следе правни (одсуство унутрашње контроле, неефикасност правосудног система, законска регулатива) са 18% (2007) и 17% (2010) узорка. На економске чиниоце корупције (жеља за брзим богаћењем) отпада тек 11% односно 10% одговора. Питања о мотивима корумпиранога (2.2) и коруптора да прихвате односно понуде мито (2.3) потврђују ову тенденцију.[36] Превага културолошких чинилаца корупције указује да студенти сматрају да на Факултету постоји тренд толеранције, тј.

[36] Због ограниченог обима текста, детаљни резултати се дају у табелама које следе у последњем одељку овог рада.

навикавања на корупцију. Имајући у виду садржину културолошких итема и њихов испољени проценат, те повезано са резултатима осталих емпиријских испитивања корупције, могло би се закључити да коруптивна пракса постаје изразито присутан културолошки образац у Србији. На крају, али не мање важно, изложени приступ указује да се анализа узрока корупције мора вршити са синтетичког становишта, а не аналитичког које преовлађује у пракси.[37]

Што се тиче перцепције о распрострањености корупције на Правном факултету, први утисак је прилично забрињавајући (питање 2.4). Читавих 52% испитаника (2007) и 53% (2010) уочава корупцију на Факултету као много и средње присутну појаву, при чему је изражен тренд повећања одговора „у великој мери" са 16% (2007) на 22% (2010). Ипак, истраживачи упозоравају да су оцене о раширености корупције у великој мери засноване на стереотипима и гласинама, те да је стварна корупција најмање упола мања од перцепције. На то указују и „контролна" питања о искуству испитаника са корупцијом (питање 2.5). Тада је видљиво да је перцепција испитаника заснована превасходно на посредним изворима – разговори са колегама, информације из медија, однос власти према корупцији. Лично искуство са корупцијом је чак мање заступљено (5% – 2007. и 6% – 2010. године) него у општој популацији (13%). Податке о личном искуству (и много мањој стварној корупцији) потврђују и одговори на питања 2.6. и 2.7. Само 3% студената је било у прилици да „купи" испит, при чему су таквима (минималном броју студената) у преко 90% случајева то понудили са стране (посредници), а не професори и асистенти. У суштини, имајући све то у виду, могло би се рећи да се реална корупцији креће у нивоу од мале ка осредњој (не обрнуто – од осредње ка малој) због повећања броја одговора о раширености корупције „у великој мери" са 16% на 22%. Треба нарочито напоменути да је преко 10% студената осетило потребу да именује чланове наставног особља у контексту корупције, иако таквих питања нема у упитнику. Забрињава податак да је то велики број студената и да су они у оба таласа изјашњавања уперили прстом на иста лица (њих пет-шест). Исто тако забрињавају подаци (питање 2.11) који указују на велики пораст корупције међу активистима студентских организација (одговори „у великој мери" су удвостручени 2010. године у односу на 2007. годину – са 11% на 22%).

Из одговора на питање о коруптивним средствима (питање 2.12) следи да главни облик корупције на Правном факултету није давање новца наставном особљу или администрацији, већ размена услуга (трговина утицајем). Међутим, забрињава велики проценат

[37] Синтетички приступ у анализи узрока корупције вид. код С. Вуковић, *Пра во, морал и корупција*, Београд 2005, 7.

студената који се на то питање изјашњавају истичући постојање непотизма и клијентелизма (протекционизам за децу запослених, протекционизам за студенте са везом). Одговори „у великој мери“ и „осредње“ односе преко 60% гласова испитаних студената.

Међутим, оно што охрабрује јесте да је, у мери у којој ово истраживање показује, систем вредности студената у основи здрав. Рекло би се, додуше, првенствено на основу једног – али веома значајног питања, да би будући државни службеници (судије, тужиоци, полицајци, цариници) могли бити узорни у свом послу. На овај закључак нарочито упућују подаци о личној спремности на корупцију. Од оних (мали број) којима је понуђено да купе испит (питање 2.8), само је 2% прихватило ту понуду, мада је велики проценат оних који нису желели да одговоре на ово питање (12%). Ипак, скоро 83% (2007) и 81% (2010) никада не би понудили мито да положе испит или добију жељену оцену (питање 2.10). При том је уочљиво да се веома високи проценат оних који су се тако изјаснили није битно променио за три године. Њих 13% и 14% не зна да ли би то учинили, а само 3% (2007) односно 6% (2010) би то урадило, при чему ово повећање ипак донекле баца сенку на основну оцену о систему вредности студената. Но, изречену констатацију о систему вредности потврђују и одговори на питања о варању на испитима (као и одговори на неке друге упите). За студенте је неприхватљиво преписивање на испитима (питање 3.4) – преко 53% одговора, а позитивно се вреднују студенти који не дозвољавају да се препише од њих (питање 3.5) – преко 50% одговора. Међутим, иако не би дали новац да положе испит, иако показују високу етичност и у погледу преписивања, присутна је извесна аутоиндулгенција када се ради о могућности студената да варају на испитима, а да не буду ухваћени (питање 3.6), при чему тада ипак имају велику моралну дилему у погледу свог чина (питање 3.7). Синдром „труле јабуке“ ипак није занемарљив – 16% студената (2007) и 18% студената (2010) вара на испитима (питање 3.9) и тада се осећа добро или обично – питање 3.10). То у сваком случају није мала бројка и ипак указује на клицу коруптивне свести међу онима који у перспективи треба да располажу јавним овлашћењима, тако да слика није сасвим идилична, поготово имајући у виду релативно распострањену свест о постојању корпуције на Правном факултету. Ипак, доминантни утисак оставља податак да велика већина студената – преко 4/5 популације у прилично репрезентативном узорку – одбија помисао да на коруптиван начин оствари жељени школски циљ. Та чињеница може имати шире импликације на укупну оцену о коруптивном менталитету, макар само у овој, за будућност земље свакако веома важној социјалној скупини.

6. ТАБЕЛАРНИ ПРИКАЗ СТАВОВА О КОРУПЦИЈИ НА ПРАВНОМ ФАКУЛТЕТУ У БЕОГРАДУ

1. Лични подаци

2007.

Учесници у анкети	Пол			Укупан број
	Мушки	Женски	Неизјашњено о полу	
Студенти	185	341	3	529

Година студирања	Пол			Укупан број
	Мушки	Женски	Неизјашњено о полу	
I година	32	63	1	96
II година	58	90	2	150
III година	45	97	0	142
IV година	50	91	0	141

2010.

Учесници у анкети	Пол			Укупан број
	Мушки	Женски	Неизјашњено о полу	
Студенти	190	387	4	581

Година студирања	Пол			Укупан број
	Мушки	Женски	Неизјашњено о полу	
I година	48	96	1	145
II година	45	101	1	147
III година	45	96	1	142
IV година	52	94	1	147

2.1. По вашем мишљењу која су три најважнија чиниоца која изазивају корупцију на Факултету – збирна табела:

Сви чиниоци који изазивају корупцију	2007.		2010.	
	број студ.	%	број студ.	%
Мале плате запослених на Факултету	43	3	36	2
Морална криза	202	13	194	10
Особеност нашег менталитета	106	7	120	6
Прећутно толерисање и некажњавање корупције на Факултету	251	16	279	15
Одсуство механизма унутрашње контроле	151	10	165	9
Жеља за брзим богаћењем	167	11	176	10
Жртве корупције не познају своја права	14	1	24	1
Неефикасност правосудног система	111	7	123	7
Људска природа	73	5	112	6
Свест и ставови наставног кадра	106	7	120	6
Свест и ставови студената	47	3	73	4
Систем финансирања	8	1	16	1
Систем одлучивања на Факултету	18	1	36	2
Законска регулатива	14	1	19	1
Политичка ситуација	60	4	75	4
Могућност професора да утиче на истрагу поводом корупције	62	4	88	5
Лош систем студирања	60	4	93	5
Дуго трајање студирања	33	2	44	2
Велики број студената	46	3	46	2
Нешто друго?	12	1	11	1

2.2. Која три разлога више од других утичу на одлуку професора, особља и студената да прихвате корупцију?

Сви разлози који утичу на одлуку професора, особља и студената да прихвате корупцију	2007.		2010.	
	број студ.	%	број студ.	%
Материјална корист	401	24	438	26
Морална криза	205	12	194	11
Враћање услуге	127	8	130	8
Лојалност према родбини, пријатељима и земљацима	159	10	198	12
Политички притисци	51	3	80	5
То је манифестација моћи	112	7	121	7
Нема адекватних санкција	306	18	240	14
Тешкоће у откривању и доказивању корупције	306	18	294	17
Нешто друго, Шта?	2	0	6	0

2.3. Која три разлога више утичу да неко понуди мито за полагање испита?

Сви разлози који утичу да неко понуди мито за полагање испита	2007.		2010.	
	број студ.	%	број студ.	%
Немогућност да се на други начин положи испит	232	15	281	16
Навика да се нека права остварују давањем мита	315	20	337	19
Нормално је онога који нам је помогао некако наградити	19	1	27	2
Ствар је престижа богатих да могу дати мито	135	9	131	8
Неспремност грађана да се супроставе корупцији	164	11	147	9
Законска регулатива	24	2	34	2
Неефикасност правосуђа	119	8	123	7
Професори чине свој предмет нереално тешким	185	12	181	11
Студенте мрзи да уче	234	15	300	18
Родитељи стимулишу давање мита	78	5	91	5
Родитељи траже редовно полагање испита	32	2	50	3
Нешто друго. Шта?	6	0	5	0

2.4. У којој мери је по вашем мишљењу, распрострањена корупција на Факултету? – збирна табела

У којој мери је распоространјена корупција	2007.	2010.
Осредње	36%	31%
Не знам	29%	32%
Мало	16%	13%
У великој мери	16%	22%
Нимало	1%	2%

2.5. На чему заснивате процену о раширености корупције на Факултету (заокружите један одговор)? – збирна табела

Заснованост процене о раширености корупције	2007.	2010.
Разговори са колегама	56%	54%
Стање у друштву	20%	23%
Медији	11%	9%
Лично искуство	5%	6%
Однос власти према корупцији	5%	5%
Нешто друго	3%	3%

2.6. Да ли сте икада били у прилици да купите испит? – збирна табела

Прилика за куповину испита	2007.	2010.
Не	95%	95%
Да	3%	2%
Не желим да одговорим	2%	3%

2.7. Ко вам је понудио? – збирна табела

Ко нуди прилику за куповину испита?	2007.	2010.
Неко други	55%	70%
Посредници	35%	20%
Професор	6%	5%
Неко из администрације	3%	4%
Асистент	1%	1%

2.8. Да ли сте прихватили понуду? – збирна табела

Понуда за куповину испита	2007.	2010.
Не	88%	86%
Да	1%	2%
Не желим да одговорим	11%	12%

2.9. Да ли сте пријавили корумпирану особу? – збирна табела:

Пријава корумпиране особе	2007.	2010.
Не	78%	78%
Да	2%	1%
Не желим да одговорим	20%	21%

2.10. Да ли бисте понудили мито да положите испит или добијете жељену оцену? – збирна табела:

Понуда мита за полагање испита	2007.	2010.
Не	83%	81%
Да	3%	6%
Не знам	14%	13%

2.11. Колико је распрострањена корупција међу... – збирна табела:

2007.

	У великој мери	Осредње	Мало	Нимало	Не знам
Професорима	16%	32%	20%	2%	30%
Асистентима	11%	26%	21%	6%	36%
Администрација	22%	23%	16%	2%	37%
Активистима студентских организација	11%	16%	16%	5%	55%
Студентима	13%	28%	17%	3%	39%

2010.

	У великој мери	Осредње	Мало	Нимало	Не знам
Професорима	15%	33%	17%	2%	22%
Асистентима	14%	23%	19%	6%	38%
Администрација	22%	23%	16%	2%	37%
Активистима студентских организација	22%	16%	14%	5%	43%
Студентима	16%	25%	16%	6%	37%

2.12. У којој мери су распространјене следеће појаве на Факултету?

2007.

	У великој мери	Осредње	Мало	Нимало	Не знам
Заобилажење процедуре уписа	11%	16%	23%	7%	43%
Нелегално мењање резултата уписа	9%	15%	20%	9%	47%
Нелегално рангирање студената	9%	18%	19%	7%	47%
Упис студената ван листе	20%	19%	21%	4%	36%
Давање тестова пре пријемног испита	14%	19%	17%	5%	45%
Нуђење мита од стране студената	13%	30%	20%	2%	35%
Утицај на професоре из окружења	15%	24%	22%	2%	37%
Варање студената на испитима	26%	35%	23%	2%	14%
Професор тражи новац за испит	5%	16%	22%	7%	50%
Професор тражи друге услуге за испит	10%	17%	22%	6%	45%
Професори не оцењују објективно	37%	32%	19%	3%	9%
Професори траже свој уџбеник	50%	22%	16%	5%	7%
Протекционизам за децу запослених	33%	31%	12%	3%	31%
Један професор испитује више предмета	49%	27%	11%	2%	11%
Један професор сам испитује предмет	27%	20%	23%	11%	19%
Протекционизам при избору у звање	15%	15%	9%	3%	58%
Професор који учествује у изради питања и припрема вас за пријемни испит	18%	14%	10%	7%	51%
Корупција у администрацији	22%	23%	14%	2%	39%
Давање мита за место у студентском дому	23%	14%	10%	2%	51%
Протекционизам за студенте са везом	44%	21%	12%	1%	22%

2010.

	У великој мери	Осредње	Мало	Нимало	Не знам
Заобилажење процедуре уписа	15%	20%	21%	7%	37%
Нелегално мењање резултата уписа	10%	20%	16%	9%	45%
Нелегално рангирање студената	12%	19%	21%	7%	41%
Упис студената ван листе	22%	17%	21%	4%	36%
Давање тестова пре пријемног испита	16%	20%	17%	6%	41%
Нуђење мита од стране студената	16%	25%	19%	3%	37%
Утицај на професоре из окружења	18%	27%	18%	3%	34%
Варање студената на испитима	37%	29%	15%	2%	17%
Професор тражи новац за испит	6%	16%	20%	7%	51%
Професор тражи друге услуге за испит	13%	17%	21%	6%	43%
Професори не оцењују објективно	31%	35%	19%	5%	10%
Професори траже свој уџбеник	60%	21%	9%	3%	7%
Протекционизам за децу запослених	34%	23%	11%	2%	30%
Један професор испитује више предмета	43%	28%	14%	2%	13%
Један професор сам испитује предмет	24%	20%	26%	13%	17%
Протекционизам при избору у звање	17%	18%	13%	3%	49%
Професор који учествује у изради питања припрема вас за пријемни испит	19%	15%	13%	7%	56%
Корупција у администрацији	16%	21%	15%	3%	45%
Давање мита за место у студентском дому	32%	15%	8%	3%	42%
Протекционизам за студенте са везом	47%	22%	8%	1%	22%

2.13. По вашем мишљењу, ко је на Факултету најподложнији корупцији (без имена, само позиција/звање) – допишите

	2007.	2010.
Професори	52%	67%
Асистенти	13%	13%
Администрација	22%	9%
Теткице	1%	1%
Студенти	2%	5%
Не знам	10%	5%

3. Варање на испитима

3.1. Да ли сте икада чули да се вара на испитима на нашем Факултету?

	2007.	2010.
а) Не знам	19%	20%
б) Не	8%	7%
в) Да	73%	73%

3.2. Најраспрострањенији начин варања на испитима су (допишите)

	2007.	2010.
а) бубице	38%	36%
б) преписивање	32%	23%
в) мобилни тел.	15%	18%
г) пушкице	11%	15%
д) шапутање	4%	8%

3.3. Како спречити варање на испитима (допишите):

	2007	2010
а) појачана контрола	47%	49%
б) ометачи сигнала	32%	27%
ц) ригорозније санкције	10%	16%
д) ангажовање професора	5%	5%
е) увођење камера	6%	3%

3.4. Какво је ваше мишљење о преписивању на испитима?

	2007.	2010.
а) Потпуно прихватљиво	5%	4%
б) Прихватљиво	18%	24%
в) Неприхватљиво	34%	36%
г) Потпуно неприхватљиво	19%	18%
д) Немам став	24%	18%

3.5. Шта мислите о понашању студената који вам не дозвољавају да препишете од њих?

	2007.	2010.
а) Потпуно прихватљиво	26%	23%
б) Прихватљиво	28%	28%
в) Неприхватљиво	14%	15%
г) Потпуно неприхватљиво	4%	7%
д) Немам став	28%	27%

3.6. Ако би сте били у прилици да варате на испитима, а да вас не ухвате, да ли би сте то урадили?

	2007.	2010.
а) Да	30%	34%
б) Не	31%	32%
в) Не знам	39%	34%

3.7. Да ли би сте се осећали непријатно после тога?

	2007.	2010.
а) Да	40%	42%
б) Не	26%	33%
в) Не знам	34%	25%

3.8. Колико се често вара на испитима на нашем факултету?

	У великој мери	Осредње	Мало	Нимало	Не знам
2007.	16%	37%	31%	3%	13%
2010.	24%	39%	22%	2%	13%

3.9. Да ли сте били у ситуацији да варате на испитима?

	2007.	2010.
а) Не желим да одговорим	9%	7%
б) Не	75%	75%
в) Да	16%	18%

3.10. Како сте се осећали после тога?

	2007.	2010.
а) Непријатно	24%	21%
б) Добро	33%	32%
в) Обично	43%	47%

Имајући у виду да је један од циљева овог рада да се јавности што пре учине доступним квантитативни резултати овог истраживања, сматрамо да је у овом часу, а с обзиром на расположиви простор,

довољно илустративно већ само њихово изношење, уз обраду података тек у најупечатљивијим сегментима, док ће потпунији подаци и детаљнија анализа бити презентирани у раду знатно већег обима. Из тих разлога је у табелама исказана само подела према години студија и полу на нивоу целог узорка, изостало је укрштање података и низ других аналитичких поступака, што је све лимитирано обимом овог текста. Но, без обзира на то, а поготово имајући у виду солидну репрезентативност узорка, као и могућност упоређивања резултата истраживања у временском размаку од три године, уверени смо да и овако презентирани, релативно „сирови" подаци имају одговарајућу употребну вредност сами по себи. У сваком случају они могу допринети потпунијем сагледавању ставова студената Правног факултета о корупцији, али и представљати својеврстан стимуланс за потпуније и стручно засновање суочавање са проблемом корупције.

Dr. Saša B. Bovan

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

PERCEPTION OF CORRUPTION AT THE UNIVERSITY OF BELGRADE FACULTY OF LAW

Summary

This paper examines students' attitudes towards corruption at the University of Belgrade Faculty of Law. The author relies on the results of his own research related to the students' value system and, more precisely, to the prevalence, causes, forms and willingness of the students to take part in corruption. The manner in which the author has systematized quantitative data obtained by this research, as well as the conclusions he has reached, are intended to serve as a groundwork for a future project, which should improve analytical, descriptive and explicative investigation of corruption in Serbia. Namely, the author sees the body of research which was published thus far as relatively modest when it comes to the level of theoretical treatment, as it is mainly opinion – and exploration-related, and predominantly comprised of sociological *post factum* interpretations, without any predictive potential.

Key words: *Corruption. – University of Belgrade Faculty of Law. – Attitudes of Students.*

УДК 347.65/.67

Др Дејан Б. Ђурђевић*

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПРЕТХОДНОГ НАСЛЕДНИКА

Претходни и потоњи наследник могу да се појаве у српском праву када завешталац именује наследника под условом или роком. Сумарна правила српског ЗОН а, која претходног наследника уподобљавају са плодоуживаоцем отворила су два кључна проблема, којима је посвећен овај рад. Први се тиче правне при роде положаја претходног наследника (да ли он на добрима из заоставштине има плодоуживање или временски ограничену својину), а други се односи се на његово право да располаже добрима из заоставштине. Анализирајући разли чита решења у упоредном праву, као и различита становишта која су дошла до изражаја у домаћој и иностраној теорији и судској пракси, аутор долази до закључка да претходни наследник нема плодоуживање на заоставштини, већ да у моменту оставиочеве смрти наслеђује заоставштину у својину која је временски и садржински ограничена. Када је реч о праву претходног наслед ника да располаже добрима из заоставштине, аутор сматра да је у интере су како правног промета, тако и претходног и потоњег наследника да будући Грађански законик напусти аустријски систем потпуно ограничене слободе располагања и да се приклони систему либералитета. За систем либералите та карактеристично је што претходни наследник има делимично ограничену слободу располагања, при чему се интереси потоњег наследника превасходно штите путем правила о реалној суброгацији. Такав систем омогућује да се у периоду од оставиочеве смрти до наступања супституционог случаја еко номски целисходније управља заоставштином, јер претходни наследник може наслеђена добра да размени за неке друге предмете који мање губе на вредно сти и који су подобни да дају већи приход.

Кључне речи: *Потоњи наследник (фидеикомисар). Претходни наследник (фидуцијар). Реална суброгација. Супституција. Теста мент (завештање). Фидеикомисарна супституција.*

---

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *djurdjevic.pfb@gmail.com*. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација с правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

1. УВОД

Завешталац може да именује за тестаментарне наследнике два лица која ће сукцесивно наслеђивати, тј. која ће стицати наследничко својство један за другим. Такво тестаментарно располагање назива се фидеикомисарна супституција у ширем смислу.[1] Код оваквог располагања заоставштину у тренутку оставиочеве смрти наслеђује претходни наследник (*фидуцијар*). Када наступи околност предвиђена у тестаменту или законом, која се назива супституциони случај (на пример, оствари се одложни услов), претходни наследник губи наследничко својство, а заоставштину стиче потоњи наследник (*фидеикомисар*).

Код фидеикомисарне супституције спорна су два питања. Прво се односи на њену дозвољеност. Док је у неким државама могућа временски ограничена фидеикомисарна супституција (на пример, Немачка и Аустрија), други правни пореци, међу које се убраја и српско право, дозвољавају само неке њене модалитете.[2] Закон о наслеђивању Србије[3] у чл. 159 предвиђа да је апсолутно ништава одредба у тестаменту којом завешталац именује наследника своме наследнику (*фидеикомисарна супституција у ужем смислу*), као и одредба којом завешталац забрањује своме наследнику да отуђи наслеђена добра (*прећутна фидеикомисарна супституција*). Упркос овим забранама, фидеикомисарни однос (*однос претходни – потоњи наследник*) може настати у српском праву онда када завешталац именује наследника под условом или роком (чл. 119 ЗОН).

Друго питање тиче се правне природе фидеикомисарног односа. Нарочито је споран правни положај претходног наследника. У литератури се за претходног наследника каже да попут античког бога Јануса има два лица.[4] Једно је лице оставиочевог наследника, имаоца добара из заоставштине, господара наслеђене имовине коме је у интересу да из ње оствари максимум користи, а друго је лице „чувара места" за потоњег наследника. Интереси претходног и потоњег на-

[1] О појму фидеикомисарне супституције, вид. Дејан Б. Ђурђевић, *Инсти туције наследног права*, Београд 2010[2], 160 и даље.

[2] О дозвољености фидеикомисарне супституције у српском и упоредном праву, вид. Дејан Б. Ђурђевић, „Фидеикомисарна супституција у европским прав ним порецима и српском праву", *Правни капацитет Србије за европске интеграције* (ур. Стеван Лилић), књ. 5, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 104 и даље. Нови Закон о насљеђивању Црне Горе, који је донет 2008. године, такође забрањује завештаоцу да у тестаменту именује наследника своме наследнику. Вид. Дејан Б. Ђурђевић, „Актуелна реформа наследног права у Црној Гори", *Анали Прав ног факултета у Београду* 1/2009, 272.

[3] *Службени гласник РС*, 46/1995, 101/2003, у даљем тексту: ЗОН.

[4] Karlheinz Muscheler, *Erbrecht,* II, Tübingen 2010, 1241.

следника изразито су супротстављени. Док претходном наследнику погодује да има правно неограничен положај, у интересу потоњег наследника је да супстанција и вредност заоставштине остану очувани. Такав антагонизам интереса износи пред правнике деликатан задатак да фидеикомисарни однос уреде на начин који ће омогућити претходном наследнику да оствари из заоставштине што више користи, али да истовремено супстанција и вредност наследне масе остану сачувани за потоњег наследника. Због тога не изненађује констатација да се „питање односа између претходног и потоњег наследника убраја међу најкомпликованија и најтежа“.[5]

Законодавства проблему односа између претходног и потоњег наследника прилазе на различите начине. Док једни прописују детаљна правила о овом питању,[6] други законодавци непотпуно уређују однос претходног и потоњег наследника, тако да су судови принуђени да по аналогији примењују норме којима су регулисани слични институти, као што је плодоуживање.[7]

Српски законодавац није детаљно уредио фидеикомисарни однос. У одељку који је посвећен именовању наследника под условом и роком прописано је да претходном наследнику „припада заоставштина на уживање“ (чл. 125 ЗОН). Комисија Владе Републике Србије која ради на припреми будућег Грађанског законика стоји на становишту да ово правило не треба мењати,[8] иако је у упоредном праву заузет скоро једнодушан став да претходни наследник није исто што и плодоуживалац заоставштине.[9] Оваква регулатива фидеикомисарног

[5] У том смислу Alexandra Rumo Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (Hrsg. P. Tour, B. Schnyder *et al.*), Zürich Basel 2009[13], 694.

[6] Вид. §§ 2100 2146 Немачког грађанског законика (у даљем тексту: *BGB*).

[7] Такав је случај у швајцарском и аустријском праву. За швајцарско право вид. A. Rumo Jungo, 694 и даље. За аустријско право вид. Helmut Koziol, Rudolf Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, II, Wien 2007[13], 519.

[8] Вид. Влада Републике Србије Комисија за израду Грађанског законика, *Рад на изради грађанског законика Републике Србије Извештај Комисије са отво реним питањима*, Београд 2007, 139 и даље.

[9] Члан 491 Швајцарског грађанског законика (у даљем тексту: *ZGB*), који носи маргинални наслов „Правни положај претходног наследника“, експлицитно предвиђа да фидуцијар стиче наследство као и сваки други тестаментарни наслед ник и да он постаје сопственик заоставштине („Er wird Eigentümer der Erbschaft ...“) с обавезом да је пренесе на фидеикомисара. За немачко право, вид. Reiner Frank, *Erbrecht*, München 2003[2], 118 119, који истиче да између плодоуживаоца и фидуцијара постоји извесна „економска сличност“, јер и једном и другом припадају плодови из заоставштине. Али, за разлику од плодоуживаоца, фидуцијар поред тога има и ограничено право да располаже добрима из заоставштине. Упор. Hans Brox, *Erbrecht*, Köln Berlin 2003[20], 211, који каже да „претходни наследник треба да стоји боље од плодоуживаоца, јер је он прави наследник“. За аустријско право вид. уме сто свих Sandra Fritsch, *Erbrecht. Ein Handbuch für die Praxis* (Hrsg. S. Ferrari, G.

односа у српском праву отвара бројне теоријске и практичне проблеме, који ће бити у средишту овог рада. Први проблем тиче се правне природе положаја претходног наследника: да ли фидуцијар на добрима из заоставштине има плодоуживање или временски ограничену својину? Други проблем односи се на право претходног наследника да располаже добрима из заоставштине: која добра из заоставштине и под којим условима фидуцијар може да отуђи или оптерети?

2. ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПРЕТХОДНОГ НАСЛЕДНИКА

2.1. Становиште српског права

У српском праву фидеикомисарни однос може настати само онда када завешталац именује наследника под условом или роком. Савезни закон о наслеђивању из 1955. године[10] и Закон о наслеђивању СР Србије из 1974. године[11] предвиђали су да завешталац може у појединим одредбама тестамента поставити услове или рокове,[12] али нису садржали никаква правила о томе какав је положај наследника који је именован под одложним или раскидним условом, односно роком. Ову празнину теорија и пракса су попуњавале применом општих правила о условима.[13] Наследник постављен под одложним условом стиче заоставштину остварењем услова. Док се услов не оствари, наследник постављен под одложним условом има положај фидеикомисара, док својство фидуцијара имају оставиочеви законски наследници или лице које је завешталац одредио у тестаменту.[14] Уколико је наследник именован под раскидним условом, он је у моменту оставиочеве смрти постајао претходни наследник, а потоњи наследници били су завештаочеви законски наследници или лице које би завешталац одредио у тестаменту.[15]

M. Likar Peer), Wien 2007, 217 и даље, која говори да фидуцијар има „временски ограничену својину" и да се разликује од плодоуживаоца. Разлика се огледа између осталог и у томе што плодоуживалац има право само на редовне приходе од ствари, док фидуцијару, као сопственику, припадају и ванредни приходи.

10 *Службени лист ФНРЈ*, 20/1955.

11 *Службени гласник СРС*, 52/1974.

12 Вид. чл. 88, ст. 2 Закона о наслеђивању из 1955.

13 Вид. Борислав Благојевић, *Наследно право у Југославији*, Београд 1983, 247; Milan Kreč, Đuro Pavić, *Komentar Zakona o nasljeđivanju*, Zagreb 1964, 248 249; Славко Марковић, *Наследно право*, Београд 1981, 282 283; Алија Силајџић, *Насљедно право*, Сарајево 1964, 198.

14 Вид. Б. Благојевић, 247; Boris Vizner, *Nasljedno pravo*, Osijek 1967[2], 355; Nikola Gavella, *Pravni položaj nasljednika*, Zagreb Čakovec 1983, 90; M. Kreč, Đ. Pavić, 253; С. Марковић, 284; А. Силајџић, 198 199.

15 Вид. Б. Благојевић, 248; B. Vizner, 356; N. Gavella, 90; M. Kreč, Đ. Pavić, 257; А. Силајџић, 199.

Што се тиче правног положаја претходног наследника, већина аутора га је уподобљавала са плодоуживаоцем. Благојевић је сматрао да претходни наследници „имају само право уживања заоставштине, а не могу располагати са заоставштином, јер је морају очувати неокрњеном“.[16] Гавела је тврдио да је претходни наследник „власник оставитељевих ствари и носилац оставитељевих права, али је код тога ограничен правом чекања потоњег наследника“.[17] Иако тврди да је фидуцијар сопственик ствари из заоставштине, Гавела даље истиче да су овлашћења претходног наследника „стегнута на она која би имао да је плодоуживалац“.[18] Антић је такође правни положај претходног наследника изједначавао са правним положајем плодоуживаоца: „фидуцијар управља заоставштином, употребљава ствари које улазе у њен састав, прибира плодове, располаже убраним плодовима, али не сме да мења суштину ствари, односно нема право располагања, изузимајући убране плодове, по чему се његов положај разликује од положаја (овлашћења) који има власник“.[19] За разлику од поменутих аутора, Станковић не поистовећује претходног наследника са плодоуживаоцем: „овакав наследник дакле врши права, употребљава ствари, прибира (и коначно присваја) плодове, може да се служи својинским и државинским тужбама; може да предузима и акте располагања, само њихова судбина зависи од тога да ли ће се услов остварити или неће“.[20] Креч и Павић сматрају да претходни наследник има својину на заоставштини која је временски и садржајно ограничена правом потоњег наследника.[21] Ови аутори експлицитно указују на то да фидуцијар има другачији правни положај од плодоуживаоца: „док уживалац не може отуђити, а, у правилу, ни оптеретити ствар коју има на уживању, претходни наследник има и у том погледу одређена овлашћења“.[22] Креч и Павић сматрају да претходном наследнику треба признати право да отуђи или оптерети

[16] Б. Благојевић, 248. У истом смислу: А. Силајџић, 199; С. Марковић, 284, који каже да су претходни наследници: „управитељи заоставштине и имају право ре довног управљања и плодоуживања на истој, а не могу је оптеретити или отуђити“.

[17] N. Gavella, 92.

[18] N. Gavella, 92. Овај аутор заправо нигде не наводи у чему се разликују пло доуживалац и претходни наследник. Слично становиште дошло је до изражаја у од луци Врховног суда Хрватске, Гж 1845/55, где стоји: „Основно је за фидеикомисарну супституцију да је први насљедник (фидуцијар) додуше власник наслијеђене имови не, али је то власништво у бити ограничено тако да се власничка права исцрпљују у правима уживаоца“. Одлука објављена код B. Vizner, 353.

[19] Оливер Антић, *Наследно право*, Београд 1994[1], 177.

[20] Обрен Станковић, „Модификације правних послова (услов, рок, налог)“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, II, (ур. О. Станковић, С. Перовић, М. Трајковић), Београд 1978, 1080.

[21] M. Kreč, Đ. Pavić, 253.

[22] *Ibid*, 253 254.

покретне и непокретне ствари из заоставштине ако је то потребно ради исплате оставиочевих дугова или када то „изискују потребе редовног управљања заоставштином".[23]

Закон о наслеђивању Србије из 1995. предвидео је сумарна правила о правном положају претходног наследника и том приликом се приклонио схватању које фидуцијара изједначава са плодоуживаоцем. Тако чл. 125, ст. 1 ЗОН предвиђа да, ако је наследник постављен под одложним условом или роком, *заоставштина припада на уживање* оставиочевим законским наследницима ако из завештања не следи што друго. Осим тога, у чл. 128, ст. 1 ЗОН прописано је да кад је наследник постављен под раскидним условом или роком, *он има положај уживаоца заоставштине*. Оваква законодавна регулатива учврстила је схватање да претходни наследник није овлашћен да отуђи добра из заоставштине, осим у случају када је то неопходно ради исплате оставиочевих дугова или извршења легата и налога.[24]

2.2. Критички осврт

Решењу српског ЗОН-а, по коме претходном наследнику „заоставштина припада на уживање" може да се замери то што је страно грађанскоправној догматици.[25] Плодоуживање је *ius in re aliena*[26] и претпоставља да поред плодоуживаоца постоји још један правни субјект – сопственик ствари.[27] Уколико би претходног наследника квалификовали као плодоуживаоца, онда би морало да постоји и лице које би имало тзв. „голу својину". Колико је контрадикторна конструкција која фидуцијара поистовећује са плодоуживаоцем најбоље може да покаже системско тумачење чл. 125–127 ЗОН, из којег би произашло да кад је наследник постављен под одложним

---

[23] *Ibid*, 254 255. Као пример за случај у коме редовно управљање заостав штином изискује оптерећење непокретности из оставинске масе, Креч и Павић на воде стављање наслеђене куће под хипотеку да би добио зајам за њену поправку.

[24] У том смислу: Оливер Антић, Зоран Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд 1996, 387; Илија Бабић, *Коментар Закона о наслеђивању Ре публике Србије*, Београд 1996, 106; Владислав Ђорђевић, *Наследно право*, Ниш 1997, 243 244; Слободан Сворцан, *Коментар Закона о наслеђивању Србије*, Крагујевац 2004, 280 281.

[25] Упор. Egon Weiß, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, III, (Hrsg. H. Klang), Wien 1952[2], 407, који држи да у погледу правног положаја прет ходног наследника плодоуживање не треба да буде обавезујућа конструкција, јер то противречи правном устројству.

[26] Упор. Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд 1996[9], 216: „Плодоуживање је лична службеност која се састоји из овлашћења употребе и прибирања плодова *са туђе ствари*, без повреде њене суштине".

[27] Вид. Armin Ehrenzweig, Winfried Kralik, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, IV: *Das Erbrecht*, Wien 1983[3], 189.

условом, у тренутку оставиочеве смрти нико не стиче заоставштину у својину (*sic*!). Према ЗОН-у, све док је неизвесно да ли ће се одложни услов остварити (период пенденције), заоставштина припада на уживање претходном наследнику (чл. 125 ЗОН). Претходни наследник стиче заоставштину у својину тек када постане извесно да неће доћи до остварења одложног услова (чл. 127 ЗОН). Што се тиче потоњег наследника, он стиче заоставштину у својину тек када се услов оствари (чл. 126 ЗОН). Изложене формулације ЗОН-а наводе на закључак да у периоду пенденције услова нико није сопственик.[28] Овакав исход противречи принципу *ipso iure* наслеђивања, по коме заоставштина прелази на наследнике у тренутку оставиочеве смрти (чл. 212 ЗОН), а који има за циљ да обезбеди непрекинути континуитет оставиочеве грађанскоправне позиције.

Колико је конструкција ЗОН-а спорна са правно-догматског становишта, може најбоље да се уочи када се изврши увид у радове европских правника о српском наследном праву. Тако, за немачког правника Ремберта Зиса остаје нејасно да ли је у српском праву дозвољено тестаментарно располагање у коме би завешталац предвидео да ће до испуњења неког услова једно лице бити претходни наследник, а кад се услов испуни да заоставштина припадне неком другом лицу (потоњем наследнику).[29] Овај аутор због тога констатује да се у случајевима са „српским елементом" (на пример, српски држављанин саставља нотарски тестамент у Немачкој) треба држати легата плодоуживања као сигурног решења.[30]

Са сличним проблемом суочава се и аустријско право, јер § 613 Аустријског грађанског законика (у даљем тексту: *ABGB*) предвиђа: „До наступања супституционог случаја постављени наследник има ограничено право својине са правима и обавезама плодоуживаоца".[31] Међутим, већина аустријских правника категорично одбија да ста-

[28] С. Сворцан, 280, покушава да превазиђе овај проблем конструкцијом по којој наступање одложног услова има ретроактивно дејство. Овај аутор тврди: „Наследник одређен под одложним условом (ако се прихвати наслеђа) постаје стварно наследник у моменту остварења услова. Али, наступање услова има ретроактивно дејство само у том смислу што ће се сматрати да је он стварни наследник од момента смрти оставиоца, па ће својина на наслеђеним стварима и друга права из заоставштине прећи са оставиоца директно на овог наследника". Ово схватање се не може прихватити, јер је у директној се супротности са чл. 123, ст. 1 ЗОН који предвиђа да: „остварење одложног услова нема повратно дејство".

[29] Rembert Süß, *Erbrecht in Europa*, Bonn – Basel 2008², 1387.

[30] *Ibid.*

[31] Формулација § 613 A*BGB*, за коју је констатовано да „није лако разумљива" (A. Ehrenzweig, W. Kralik, 189) учињена је по узору на Опште земаљско право Пруске са циљем да забрани фидуцијару да располаже добрима из заоставштине. Вид. Peter Apathy, *ABGB – Kommentar* (Hrsg. H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger), Wien – New York 2005, 494.

ви знак једнакости између фидуцијара и плодоуживаоца.[32] Спорно је само каква је природа ограничене фидуцијарове својине. Према једном схватању, између претходног и потоњег наследника постоји „функционално подељена својина (*funktionell geteiltes Eigentum*)“, тако да фидуцијар може уз сагласност фидеикомисара да располаже правима из заоставштине.[33] Ово схватање је критиковано, јер претпоставља да фидеикомисар мора да постоји и да буде познат већ у моменту оставиочеве смрти.[34] Наиме, доследно спровођење становишта о функционално подељеној својини спречило би да се у пракси искористи једна од добрих страна фидеикомисарне супституције, која се огледа у могућности завештаоца да за потоњег наследника именује лице које није ни зачето у моменту његове смрти.[35] Према другом схватању, претходни наследник има фидуцијарну својину (*Treuhandeigentum*) на заоставштини.[36]

Што се тиче важећег српског права, чини се да судови и правна наука не би смели дословно да интерпретирају чл. 125, ст. 1 ЗОН који уређује правни положај претходног наследника у ситуацији када је завешталац предвидео одложни услов у тестаменту. Приликом тумачења чл. 125, ст. 1 ЗОН, потребно је водити рачуна и о основним принципима на којима почива српско наследно право, а то су начело обавезне универзалне сукцесије и начело *ipso iure* наслеђивања. Према

[32] У том смислу: S. Fritsch, 217; H. Koziol, R. Welser, II, 519. Вид. A. Ehrenzweig, W. Kralik, 189, где стоји: „Законодавац довољно јасно казује да је фидуцијар прави наследник и сопственик заоставштине и на тај начин затвара пут за тумачење које би хтело да у претходном наследнику види плодоуживаоца, а у потоњем сопственика“. Упор. и Franz Gschnitzer, *Erbrecht*, Wien 1964, 75, који ис тиче: „Када § 613 претходном наследнику додељује права и обавезе плодоуживаоца, он тиме хоће да каже да претходном наследнику припадају само користи и при носи заоставштине, али не и њена супстанција“. Другачије схватање заступа Martin Meyer, „Grundzüge und Besonderheiten des österreichischen Erbrechts“, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge* 1/1995, 10, који сматра да је фидуцијар плодоужи валац заоставштине.

[33] P. Apathy, 494; S. Fritsch, 217; F. Gschnitzer, 75; H. Koziol, R. Welser, II, 519.

[34] Вид. A. Ehrenzweig, W. Kralik, 189, који истичу да свака конструкција која хоће потоњем наследнику да призна голу или функционално подељену својину на заоставштини пропада услед тога што уопште не би постојао ималац својинских овлашћења када се на наслеђе као потоњи наследник позива лице које није зачето у моменту оставиочеве смрти.

[35] Фидеикомисарна супституција омогућава завештаоцу да нешто остави будућим потомцима, тј. потомцима који ће се родити након његове смрти. За разли ку од немачког и швајцарског права где је законом изричито предвиђено да потоњи наследник не мора да буде ни рођен нити зачет у моменту оставиочеве смрти (§ 2101 *BGB*; чл. 545 *ZGB*), у Аустрији је оваква могућност била призната дворским декретом из 1845. године (HfD JGS 1845/888). О могућности да будући потомак буде именован за потоњег наследника, вид. Д. Ђурђевић, (2010), 120 122.

[36] A. Ehrenzweig, W. Kralik, 189 190; Georg Graf, *Erbrecht*, Wien 2009, 56.

начелу обавезне универзалне сукцесије, након смрти оставиоца мора да постоји бар један његов наследник, како би се обезбедио континуитет у грађанскоправним односима.[37] *Ipso iure* наслеђивање значи да заоставштина прелази на оставиочеве наследнике по сили закона у тренутку његове смрти (чл. 212, ст. 1 ЗОН). Ако би се прихватило да је претходни наследник плодоуживалац, онда у тренутку оставиочеве смрти нико не би постао његов универзални сукцесор, што је у супротности како са начелом обавезне универзалне сукцесије, тако и са принципом *ipso iure* наслеђивања. У складу са изложеним, може се закључити да је претходни наследник у српском праву временски ограничен наследник. Он у моменту оставиочеве смрти постаје његов универзални сукцесор, стиче својину на стварима из заоставштине, постаје поверилац оставиочевим дужницима и ималац других наслеђивању подобних оставиочевих права. На тај начин претходни наследник обезбеђује континуитет оставиочевих грађанскоправних односа. Оно по чему се фидуцијар разликује од обичног наследника, јесте то што је његова својина временски ограничена – она се гаси када наступи супституциони случај. Помињање права уживања у чл. 125 ЗОН не треба разумети у смислу да је намера законодавца била да претходног наследника учини плодоуживаоцем. Право уживања је поменуто у контексту уређивања фидуцијаровог права да располаже добрима из заоставштине. Законску одредбу „заоставштина припада на уживање" претходном наследнику, треба разумети у смислу да претходни наследник у тренутку оставиочеве смрти стиче право својине, при чему је у вршењу тог права ограничен и сме да предузима само оне акте које може да предузме плодоуживалац. У прилог оваквом тумачењу може се истаћи нешто блажа формулација из чл. 128, ст. 1 ЗОН: „Кад је наследник постављен под раскидним условом или роком, он има положај уживаоца заоставштине" (*курзив Д. Ђ.*). Овде законодавац не каже да претходном наследнику „заоставштина припада на уживање", већ да има положај уживаоца заоставштине, чиме се потврђује теза да српско право фидуцијара схвата као сопственика, чије је право располагања ограничено само на она овлашћења која има плодоуживалац.

3. ПРАВО ПРЕТХОДНОГ НАСЛЕДНИКА ДА РАСПОЛАЖЕ ДОБРИМА ИЗ ЗАОСТАВШТИНЕ

3.1. Упоредноправни преглед

У страним правним порецима није на истоветан начин уређено право претходног наследника да располаже добрима из заоставштине. Док једни правни системи (на пример, аустријско право) заузимају

[37] Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Београд 2010^2, 36 37.

према претходном наследнику ригидан став, јер му забрањују да било шта из заоставштине отуђи или оптерети, други правни пореци (на пример, § 2112 *BGB*) уређују правни положај претходног наследника у складу са начелом либералитета (*Prinzip der Liberalität*): фидуцијар може слободно да располаже добрима из заоставштине путем теретних правних послова, осим ако је реч о непокретностима.[38]

3.1.1. Систем потпуно ограничене слободе располагања

Систем потпуно ограничене слободе располагања постоји у аустријском праву, које не дозвољава фидуцијару да отуђи и оптерети добро из заоставштине.[39] Изузетно, располагање претходног наследника стварју или правом из заоставштине биће пуноважно када је учињено да би се исплатио завештаочев дуг, извршио легат, испунио налог,[40] или да би се спречило наступање штете (на пример, продаја ствари склоне кварењу).[41] Такође, правни посао којим фидуцијар отуђује или оптерећује добра из заоставштине биће пуноважан ако се са тим сагласи потоњи наследник.[42] Претходни наследник може да слободно располаже редовним и ванредним приходима из заоставштине.[43] Уколико се у заоставштини налазе готов новац или потрошне ствари, фидуцијар је слободан да са њима ради шта хоће, али је дужан да након наступања супституционог случаја надокнади њихову вредност потоњем наследнику.[44]

---

[38] Учење о начелима правног регулисања фидеикомисарне супституције и о либералитету, као једном од њих, поставио је K. Muscheler, II, 1238. Принцип либералитета дошао је до изражаја и у чл. 896 белгијског Грађанског законика, који забрањује завештаоцу да фидуцијару наметне дужност да заоставштину сачува за фидеикомисара. Међутим, белгијско право дозвољава либералнији модел фидеикомисарне супституције код које је претходни наследник не сме да бесплатно отуђује добра из заоставштине, нити да са њима располаже у тестаменту. Вид. Volker Hustedt, Bernardt Sproten, „Erbrecht in Belgien“, *Erbrecht in Europa* (Hrsg. R. Süß), Bonn Basel 2008[2], 324.

[39] P. Apathy, 494; Franz Haunschmidt, 1102; H. Koziol, R. Welser, II, 519 520; Rudolf Welser, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, I, (Hrsg. P. Rummel), Wien 2000[3], § 613 Rn 6; Wolfgang Zankl, *Erbrecht*, Wien 2008, 54.

[40] P. Apathy, 496; Bernhard Eccher, *Erbrecht*, Wien New York 2002[2], 67; H. Koziol, R. Welser, II, 520; R. Welser, § 613 Rn 7.

[41] P. Apathy, 496; G. Graf, 56; H. Koziol, R. Welser, II, 520; R. Welser, § 613 Rn 7.

[42] P. Apathy, 494; B. Eccher, 67; F. Gschnitzer, 75; F. Haunschmidt, 1102.

[43] A. Ehrenzweig, W. Kralik, 190.

[44] Овај изузетак од забране располагања има правни основ у аналогној примени § 510 A*BGB*: „Потрошне ствари саме по себи нису предмет употребе и уживања, већ само њихова вредност. Са готовим новцем плодоуживалац може по својој вољи да располаже. Али ако је на употребу и уживање дат већ уложен капитал, онда плодоуживалац може захтевати само камате“. У том смислу A. Ehrenzweig, W. Kralik, 190.

Међу аустријским правницима је спорно какве правне последице наступају када претходни наследник отуђи неку ствар из заоставштине. Полемика се води око тога да ли такво располагање производи стварноправна дејства, тј. да ли фидуцијаров правни следбеник стиче својину на отуђеној ствари. Повод за спор даје § 364c A*BGB* који прописује: „Забрана отуђења или оптерећења неке ствари или стварног права, која је предвиђена уговором или наредбом последње воље, обавезује само првог сопственика, али не и његове наследнике или друге правне следбенике. Она делује против трећих само онда када је заснована између супружника, деце и родитеља, усвојеника и храњеника или њихових супружника и ако је уписана у јавне књиге“. Суштина ове одредбе је што забрана отуђења и оптерећења ствари има облигационоправно дејство.[45] Ако сопственик, чије је право својине ограничено забраном располагања (*Verbotbelastete*), отуђи или оптерети ствар, такво располагање биће пуноважно, а његов правни следбеник стиче стварно право. Сопственик који је упркос постојању забране отуђио ствар, биће у обавези да надокнади штету лицу у чију корист је конституисана забрана располагања (*Verbotberechtigte*). Изузетно, забрана располагања може да има апсолутно дејство само ако је установљена у корист одређених чланова сопственикове породице (супружник, дете итд.) и ако је уписана у јавне књиге. Ако сопственик прекрши такву забрану отуђења и оптерећења, располагање не производи стварноправно дејство, што значи да његов правни следбеник не стиче стварно право.[46]

Према строжем становишту[47] располагања претходног наследника стварима из заоставштине не могу имати стварноправно дејство, тако да фидуцијаров следбеник не стиче стварно право. Забрана располагања добрима из заоставштине има апсолутно дејство и на њу се не примењују ограничења из § 364c A*BGB*. Фидуцијаров правни следбеник може да стекне стварно право само онда када наступи немогућност остварења супституционог случаја, те услед тога фидуцијар постане неограничен наследник.[48] Тако, ако наследник постављен под раскидним условом (на пример, „изгубиће наследство ако падне испит на факултету“) прода ствар из заоставштине у периоду пенденције услова, његов купац стиче својину уколико наступи немогућност остварења услова (тестаментарни наследник дипломи-

---

[45] Bernhard Eccher, *ABGB Kommentar* (Hrsg. H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger), Wien New York 2005, 291; Gert Iro, *Sachenrecht*, Wien New York 2002[2], 61; Helmut Koziol, Rudolf Welser, Andreas Kletečka, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, I, Wien 2006[13], 291 292; Karl Spielbüchler, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, I, (Hrsg. P. Rummel), Wien 2000[3], § 364c Rn 1 и даље.

[46] *Ibid*.

[47] P. Apathy, 495; G. Graf, 56; R. Welser, § 613 Rn 6.

[48] R. Welser, § 613 Rn 6.

ра, па више не може да падне на испиту). Заступници строжег становишта не искључују могућност да фидуцијаров правни следбеник стекне стварно право по правилима за стицање од невласника (§ 367 A*BGB*).[49] Присталице либералнијег схватања сматрају да ограничења која завешталац намеће претходном наследнику по правилу не могу имати стварноправна дејства.[50] На фидуцијара се примењује § 364c A*BGB*.[51] Следствено томе, уколико претходни наследник прода неку ствар из заоставштине, купац стиче својину, а потоњи наследник има право да од претходног захтева накнаду штете. Купац не стиче својину само ако својство фидеикомисара има законом одређен члан фидуцијарове породице (супружник, дете, усвојеник, итд.) и ако је у јавне књиге уписано да постоји фидеикомисарна супституција.[52]

У аустријском праву завешталац може да предвиди повољнији положај за претходног наследника тако што ће му дозволити да располаже заоставштином. Таква одредба у тестаменту назива се „фидеикомисарном супституцијом на остатку (*fideikommisarische Substitution auf den Überrest; fideicommissum eius, quod supererit*)“ или „ослобођеном фидеикомисарном супституцијом (*befreite Vorerbschaft*)“.[53] Код оваквог модалитета фидеикомисарне супституције потоњем наследнику се по наступању супституционог случаја предају само она добра из заоставштине која су преостала иза претходног наследника.[54] Како није у обавези да супстанцију заоставштине сачува за потоњег наследника, фидуцијар је слободан да отуђује и оптерећује права из заоставштине. Штавише, њему је дозвољено да чини и поклоне.[55] Међутим, фидуцијарова слобода располагања није сасвим неограничена. Добрима из заоставштине он не може располагати путем тестамента.[56] Осим тога, ако претходни наследник злоупотреби своје право располагања (на пример, из обести или злобе уништи или оштети неку ствар, или поклони ствар трећем лицу у намери да тако нашкоди фидеикомисару), потоњи наследник може од њега да захтева накнаду штете.[57] Када је тестамент нејасно формулисан, тако да постоји сумња у погледу тога да ли је одређена обична или ослобођена фидеикомисарна супституција, узеће се да је предвиђена ослобођена фидеикомисарна супституција, јер такав модалитет мање

---

49 P. Apathy, 495; G. Graf, 56; R. Welser, § 613 Rn 6.

50 A. Ehrenzweig, W. Kralik, 191.

51 A. Ehrenzweig, W. Kralik, 191; W. Zankl, 56.

52 A. Ehrenzweig, W. Kralik, 191.

53 S. Fritsch, 219; B. Eccher, 68; R. Welser, § 613 Rn 26.

54 P. Apathy, 496; S. Fritsch, 219; R. Welser, 613 Rn 26.

55 P. Apathy, 497; B. Eccher, 68; S. Fritsch, 220.

56 P. Apathy, 497; B. Eccher, 68; G. Graf, 57; R. Welser, § 613 Rn 26.

57 P. Apathy, 497; B. Eccher, 68; S. Fritsch, 220; G. Graf, 57; R. Welser, § 613 Rn 32.

ограничава право претходног наследника да располаже добрима из заоставштине.[58]

3.1.2. Систем резолутивно условљене слободе располагања

Овај систем је прихватило швајцарско право. За њега је карактеристично то што даје претходном наследнику већу могућност располагања добрима из заоставштине. За разлику од аустријског и српског законодавца који експлицитно предвиђају да фидуцијар има правни положај плодоуживаоца, у чл. 491 *ZGB* стоји да претходни наследник стиче наследство као и сваки други постављени наследник, с тим што је његова својина ограничена дужношћу да заоставштину пренесе на потоњег наследника. Ова одредба тумачи се у смислу да претходни наследник у моменту оставиочеве смрти постаје његов универзални сукцесор и заузима његово место грађанскоправном промету (постаје сопственик оставиочевих ствари, одговара за његове дугове, на њега прелазе оставиочева потраживања итд.).[59] Међутим, право претходног наследника је ограничено, јер је у обавези да по наступању супституционог случаја пренесе заоставштину на потоњег наследника. Швајцарски аутори квалификују претходног наследника као „резолутивно условљеног наследника (*resolutiv bedingter Erbe*)" чија је својина на стварима из заоставштине временски ограничена – она се по сили закона гаси када наступи супституциони случај.[60] Наступањем супституционог случаја, претходни наследник *ex lege* губи својину. Као последица губитка својине за претходног наследника настаје обавеза да ствари из заоставштине, које се у моменту наступања супституционог случаја налазе у његовој државини, преда потоњем наследнику (*Auslieferungspflicht*).[61]

Осим што је предвидео да је својина претходног наследника ограничена, *ZGB* нема посебна правила којима би уредио у којој мери фидуцијар може да отуђи и оптерети добра из заоставштине. Ова празнина попуњава се аналогном применом правила о услову[62] и

[58] Овакво решење проистиче из § 614 A*BGB*, који предвиђа: „Ако је каква супституција нејасно изражена, она ће се тумачити на начин којим се најмање огра ничава слобода наследника да располаже својином".

[59] Balthasar Bessenich, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch II (Art. 457 977 ZGB)* (Hrsg. H. Honsell, N. P. Vogt, T. Geiser), Basel Genf 2003[2], 198 (у даљем тексту: BaKomm/Bessenich); Arnold Escher, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (Hrsg. E. Beck *et. al.*), Band III *Erbrecht*, Abteilung 1: *Die Erben*, Zürich 1959[3], 317.

[60] A. Rumo Jungo, 694; Stephan Wolf, Isabelle Berger Steiner, „Erbrecht in der Schweiz", *Erbrecht in Europa* (Hrsg . R. Süß), Bonn Basel 2008[2], 1344.

[61] Alexander Beck, *Grundriss des schweizerischen Erbrechts*, Bern 1970, 66; A. Escher, 316; A. Rumo Jungo, 693.

[62] Правила о услову предвиђена су чл. 151 157 швајцарског Законика о облигацијама.

правном положају плодоуживаоца.[63] Претходном наследнику је призната слобода располагања у оној мери која је потребна за економски целисходно управљање заоставштином.[64] За правне послове које претходни наследник предузме у ту сврху (на пример, продаја ствари које су склоне кварењу или губитку вредности) каже се да су „правно постојани (*rechtsbeständig*)“, што значи да их потоњи наследник не може оспоравати по наступању супституционог случаја.[65] Положај потоњег наследника у оваквим ситуацијама заштићен је применом правила о реалној суброгацији (*dingliche Surrogation*): све оно што је стекао отуђењем ствари из заоставштине, претходни наследник је дужан да по наступању супституционог случаја преда потоњем наследнику[66] (на пример, ако фидуцијар предосети да ће пасти вредност наслеђених акција и прода их да би спречио смањење вредности заоставштине, биће дужан да по наступању супституционог случаја исплати фидеикомисару износ који је добио продајом). Уколико у заоставштини има потрошних ствари,[67] претходни наследник може њима неограничено да располаже, али је у обавези да по наступању супституционог случаја потоњем наследнику надокнади вредност које су те ствари имале у моменту оставиочеве смрти.[68]

Осим послова који су неопходни за економски целисходно управљање заоставштином, претходни наследник може да предузима и друге акте диспонирања наслеђеним добрима, али ти акти нису „правно постојани“.[69] Како је својина претходног наследника резолутивно условљена, а он не може на треће лице да пренесе више права него што сам има, онда и располагања стварима из заоставштине имају резолутивно условљену важност.[70] За случај да претходни наследник отуђи или оптерети неку ствар из заоставштине (а такав акт није неопходан за економски целисходно управљање имо-

---

63 BaKomm/Bessenich, 198.

64 BaKomm/Bessenich, 200; A. Escher, 319; A. Rumo Jungo, 694.

65 Вид. A. Rumo Jungo, 694. У истом смислу: BaKomm/Bessenich, 200. Су протно A. Beck, 70, који сматра да је за пуноважност правних послова које прет ходни наследник предузме ради економски целисходног управљања заоставштином неопходна сагласност потоњег наследника.

66 BaKomm/Bessenich, 201.

67 У потрошне ствари швајцарски аутори убрајају и готов новац. Вид. Roland Müller, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch II (Art. 457 977 ZGB)* (Hrsg. H. Honsell, N. P. Vogt, T. Geiser), Basel Genf 2003^2, 1433.

68 Овакво решење проистиче из аналогне примене чл. 772, ст. 1 *ZGB*, који предвиђа: „На потрошним стварима плодоуживалац стиче својину уколико нешто друго није одређено, с тим што је у обавези да исплати накнаду за вредност које су имале у моменту настанка плодоуживања“, вид. BaKomm/Bessenich, 201; A. Rumo Jungo, 694.

69 BaKomm/Bessenich, 200; A. Rumo Jungo, 694.

70 BaKomm/Bessenich, 200; A. Escher, 319 320.

вином), предузет правни посао у моменту наступања супституционог случаја остаје без правног дејства.[71] На пример, ако фидуцијар заложи наслеђене хартије од вредности, заложно право губи правно дејство у тренутку наступања супституционог случаја, што значи да потоњи наследник може од заложног повериоца да захтева предају заложених хартија иако дуг није плаћен. Такође, уколико би претходни наследник путем тестамента диспонирао добрима из заоставштине, тестаментарно располагање ће производити правно дејство само ако дође до немогућности остварења супституционог случаја. У супротном, фидеикомисар може да оствари своје право подизањем наследне тужбе (*Erbschaftsklage*) против фидуцијарових наследника.[72] Могућност фидеикомисара да по наступању супституционог случаја своје право супротстави фидуцијаровим правним следбеницима, ограничена је правилима о заштити поверења савесног прибавиоца у сигурност правног промета (*Gutglaubensschutzes der Dritten*).[73]

Завешталац може да предвиди у тестаменту да ће потоњем наследнику припасти само оно што преостане иза претходног.[74] Такав модалитет тестаментарног располагања назива се „постављање потоњег наследника за оно што преостане (*Nacherbeneinsetzung auf den Überrest*)“.[75] Када је тестаментом предвиђена таква врста фидеикомисарне супституције, претходни наследник има право да по свом слободном нахођењу отуђује, оптерећује и троши добра из наследне масе.[76] Његова слобода диспонирања правима из заоставштине није резолутивно условљена, тако да наступање супституционог случаја неће тим располагањима одузети правно дејство.[77] Међутим, слобода претходног наследника није сасвим неограничена, јер му чл. 2 *ZGB*[78] забрањује да се понаша противно начелу савесности и поштења и да злоупотребљава своје право.[79] Уколико претходни наследник отуђи неко добро из заоставштине у намери да нашкоди потоњем наследнику, он ће бити дужан да му надокнади причињену штету.[80]

71 A. Rumo Jungo, 694 695.

72 BaKomm/Bessenich, 201; A. Escher, 322.

73 BaKomm/Bessenich, 200; A. Escher, 320; A. Rumo Jungo, 695.

74 Иако овај модалитет фидеикомисарне супституције није изричито предвиђен законом, његова дозвољеност је неспорна, а такође се често среће у прак си. Вид. BaKomm/Bessenich, 201.

75 A. Beck, 70; A. Rumo Jungo, 695.

76 BaKomm/Bessenich, 202; A. Beck, 70; A. Rumo Jungo, 695.

77 BaKomm/Bessenich, 202.

78 Чл. 2 *ZGB* у ст. 1. предвиђа: „У вршењу својих права и у испуњавању својих дужности свако мора да поступа у складу са савесношћу и поштењем“. У ст. 2 стоји: „Отворена злоупотреба права не ужива правну заштиту“.

79 BaKomm/Bessenich, 202.

80 BaKomm/Bessenich, 202; A. Beck, 70; A. Rumo Jungo, 695.

3.1.3. Систем либералитета

У систему либералитета претходни наследник може да располаже добрима из заоставштине по својој вољи уколико изричитом законском нормом није предвиђено другачије. Принцип либералитета постоји у немачком праву (§ 2112 *BGB*). Предност овог система је што омогућује претходном наследнику да предмете затечене у заоставштини размени за друга добра која доносе веће приходе[81] (на пример, да прода накит из заоставштине, који практично не може да донесе никакав профит и да новац добијен продајом уложи у акције). На тај начин претходни наследник црпи максимум користи из заоставштине, а да при том не умањује њену вредност.

Принцип либералитета омогућује претходном наследнику да предузима правне послове усмерене на модификовање, преношење и гашење права из заоставштине. Фидуцијару је дозвољено да отуђи или оптерети ствар из заоставштине, да уступи (цедира) наслеђено потраживање, да опрости дуг оставиочевим дужницима, да врши преображајна права (на пример, да раскине уговор, дâ отказ).[82] Правни послови којима је отуђио или оптеретио добра из заоставштине остају пуноважни и по наступању супституционог случаја.[83] Пуноважност фидуцијарових располагања није условљена сагласношћу потоњег наследника.[84] Полази се од тога да у моменту оставиочеве смрти претходни наследник постаје универзални сукцесор, самим тим сопственик свих ствари из заоставштине и ималац свих потраживања која су припадала оставиоцу.[85] Када претходни наследник отуђи неку

---

[81] K. Muscheler, II, 1241.

[82] Martin Avenarius, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs gesetz und Nebengesetzen* (Hrsg. J. v. Staudinger), Berlin 2003[14], § 2112 Rn 2 (у даљем тексту: Staudinger/Avenarius); Walter Gierl, *Nomoskommentar zum BGB*, V, *Erbrecht* (Hrsg. L. Kroiß, C. Ann, J. Mayer), Baden Baden 2010[3], 645 (у даљем тексту: NK *BGB*/Gierl); Franz Große Wilde, *Deutscher Erbrechtskommentar* (Hrsg. F. Große Wilde, P. Ouart), Köln 2010[2], 455 (у даљем тексту: DErbK/Große Wilde); Binke Hamdan, Martin Hamdan, *Juris Praxiskommentar BGB*, V, *Erbrecht*, (Hrsg. W. Hau), Saarbrücken 2009[4], 859 (у даљем тексту: JPK *BGB*/Hamdan); Joachim Kummer, *BGB Kommentar* (Hrsg. H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich), Köln 2009[4] (у даљем тексту: PWW/Kummer).

[83] Manfred Harder, Inge Kroppenberg, *Grundzüge des Erbrechts*, Neuwied und Kriftel 2002[5], 159; Staudinger/Avenarius, § 2112 Rn 1.

[84] Wolfgang Grunsky, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, IX, *Erbrecht*, (Red. G. Schlichtling), München 2004[4], § 2112 Rn 1 (у даљем тексту: MünchKomm/Grunsky).

[85] Karsten Heider, „Die Befugnis des Vorerben zu unentgeltlichen Verfügungen über Nachlaßgegenstände", *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge* 1/1995, 2; Kurt Herbert Johannsen, *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes*, V, Teil 1, Berlin 1974[12], § 2112 Rn 1 (у даљем тексту: RGRK/Johannsen); JPK *BGB*/Hamdan, 859; Heinrich Lange, Kurt Kuchinke, *Erbrecht*, München 2001[5], 581; Wilfried Schlüter,

ствар из заоставштине, његов следбеник прибавља право од сопственика, тако да нема места примени правила о стицању *a non domino*[86] (на пример, лице које је купило покретну ствар од претходног наследника стиче својину иако је знало да је та ствар у режиму фидеикомисарне супституције).

Уколико је иза оставиоца остало трговачко друштво, претходни наследник може да се упише у привредни регистар као једини власник друштва, при чему за то није потребна сагласност потоњег наследника. Фидуцијар је овлашћен да самостално одлучује о вођењу и ликвидацији трговачког друштва. Такође, када се у заоставштини налази удео у друштву капитала, претходни наследник је слободан да тај удео отуђи. Ова правила важе и онда када се у имовини трговачког друштва налазе непокретности.[87] За случај да је оставилац био члан друштва лица, његова смрт повлачи за собом читав низ посебних правила. Немачки трговачки законик (*HGB*) у § 139 предвиђа да наследник члана у друштву лица може захтевати да остане у друштву, али у својству командитора. Овлашћење из § 139 *HGB*, фидуцијар може вршити без сагласности фидеикомисара.[88] Након наступања супституционог случаја, потоњи наследник постаје командитор и не може тражити да добије својство члана који персонално одговара за обавезе друштва.[89]

Интерес потоњег наследника да му се сачува супстанција и вредност наследне масе у немачком праву је заштићен правилима о реалној суброгацији и изричито предвиђеним ограничењима фидуцијарове слободе да располаже добрима из заоставштине. Према правилима о реалној суброгацији (§ 2111 *BGB*) фидуцијар је дужан да фидеикомисару преда: 1) оно што је стекао на основу права које припада заоставштини (на пример, добитак који је донео наслеђени лутријски лоз[90]); 2) накнаду коју је добио за уништење, оштећење

Erbrecht, München 2000[14], 281. За претходног наследника немачки правници говоре да је „господар заоставштине“ (*Herr des Nachlasses*), при чему је та његова позиција временски ограничена, јер траје до наступања суптитиционог случаја. Вид. Reiner Frank, *Erbrecht*, München 2003[2], 121.

[86] Carsten Thomas Ebenroth, *Erbrecht*, München 1992, 387; M. Harder, I. Kroppenberg, 160.

[87] DErbK/Große Wilde, 457; JPK *BGB*/Hamdan, 859; MünchKomm/Grunsky, § 2112 Rn 3; Staudinger/Avenarius, § 2112 Rn 22; Rolf Stürner, *Bürgerlichen Gesetzbuch Kommentar* (Hrsg. O. Jauernig), München 2003[10], 1755 (у даљем тексту: Jauernig/Stürner).

[88] Вид. одлуку немачког Савезног врховног суда, BGH, II ZR 173/80, 9. III 1981, *Neue Juristische Wochenschrift* 29/1981, 1560.

[89] Вид. одлуку немачког Савезног врховног суда, BGH, IV ZR 15/76, 25. V 1977, *Neue Juristische Wochenschrift* 34/1977, 1541.

[90] У том смислу K. Muscheler, II, 1244.

или одузимање предмета из заоставштине (*Ersatzsurrogation*); 3) оно што је стекао на основу правног посла којим је располагао добрима из заоставштине (*Mittelsurrogation*). Правила о реалној суброгацији не односе се на плодове.[91] На пример, ако је претходни наследник продао наслеђени накит, а од новца добијеног продајом купио непокретност коју је издао у закуп, у тренутку наступања супституционог случаја непокретност прелази у својину потоњег наследника, а закупнине доспеле до тог момента задржава претходни наследник.

Одређене акте располагања добрима из заоставштине немачко право сматра „посебно опасним“[92] за правни положај фидекомисара и због тога предвиђа да таква располагања у моменту наступања супституционог случаја неће производити правно дејство. Ту се пре свега имају у виду правни послови којима претходни наследник располаже непокретностима из наследне масе, јер су оне, по правилу, најзначајнија добра у заоставштини.[93] Према § 2113, ст. 1 *BGB* располагање претходног наследника непокретношћу из заоставштине биће „неделотворно (*unwirksam*)“ у моменту наступања супституционог случаја, уколико би услед тог располагања право потоњег наследника било осујећено (на пример, отуђење непокретности) или умањено (на пример, у тренутку наступања супституционог случаја постоји терет на непокретности). Под појмом располагање (*Verfügung*) подразумевају се сви правни послови којима се отуђују (на пример, пренос својине на непокретној ствари) или оптерећују непокретности (на пример, заснивање хипотеке), као и правни послови којима се гасе права на непокретностима (на пример, дереликција).[94] Да ли неко фидуцијарово располагање непокретностима осујећује или умањује права потоњег наследника, то се цени

[91] C. T. Ebenroth, 400; Dieter Leipold, *Erbrecht*, Tübingen 2010[18], 269; Teodor Kipp, Helmut Coing, *Erbrecht*, Tübingen 1990[14], 287; W. Schlüter, 281.

[92] C. T. Ebenroth, 387; H. Lange, K. Kuchinke, 583; MünchKomm/Grunsky, § 2113 Rn 1; Oliver Ricken, „Die Verfügungsbefugnis des nicht befreiten Vorerben“, *Arhiv für die civilistische Praxis* 3/2002, 471.

[93] У том смислу Martin Avenarius, *Handbuch des Erbrecht* (Hrsg. R. Hausmann, G. Hohloch), Berlin 2010[2], 992; M. Harder, I. Kroppenberg, 160 161; NK *BGB*/Gierl, 649; RGRK/Johannsen, § 2113 Rn 1. Са непокретностима су уподобљени: регистровани бро дови, бродоградилишта (§ 2113 *BGB*), потраживања обезбеђена хипотеком, земљишни дуг и рентни дуг (§ 2114 *BGB*). Али, ако заоставштину чини удео у наследничкој заједници која је формирана иза смрти завештаочевог оставиоца, претходни наслед ник може слободно да располаже тим уделом и онда када се у заједничкој својини чланова наследничке заједнице налазе непокретности. У том смислу вид. одлука немачког Савезног врховног суда BGH, V ZB 145/06, 15. III 2007, *Neue Juristische Wochenschrift* 29/2007, 2114; Marina Wellenhofer, „Verfügungsbefugnis des Vorerben über Anteil an Erbengemeinschaft“, *Juristische Schulung* 12/2007, 1151 1153.

[94] M. Avenarius (2010[2]), 992; DErbK/Große Wilde, 458; Jauernig/Stürner, 1756; JPK *BGB*/Hamdan, 863; MünchKomm/Grunsky, § 2113 Rn 7; Dirk Olzen, *Erbrecht*, Berlin 2009[3], 121; RGRK/Johannsen, § 2113 Rn 3.

према правним, а не економским критеријумима.[95] На пример, ако фидуцијар размени наслеђену непокретност за другу вреднију непокретност, иако је тај посао економски веома повољан, узима се да је право потоњег наследника осујећено, јер у моменту наступања супституционог случаја у заоставштини није затечена непокретност која је постојала у тренутку оставиочеве смрти.[96] Не сматра се да је право потоњег наследника осујећено или умањено ако је претходни наследник располагао непокретностима да би извршио оставиочеве обавезе (на пример, пренесе својину на кући купцу са којим је оставилац закључио уговор о продаји) или легате.[97]

Потенцијал да угрозе интересе фидеикомисара имају и фидуцијарова доброчина располагања добрима из заоставштине, јер обесмишљавају заштиту коју потоњем наследнику пружају правила о реалној суброгацији.[98] Због тога § 2113, ст. 2 *BGB* предвиђа да ће бесплатна располагања претходног наследника добрима из заоставштине бити неделотворна у моменту наступања супституционог случаја, уколико би услед тога право потоњег наследника било осујећено или умањено. За примену овог ограничења фидуцијарове слободе располагања није релевантна природа добра којим се располаже. Ограничење важи и за покретне ствари из заоставштине, наслеђена потраживања, уделе у трговачким друштвима и друга имовинска права.[99] Да ли је неко располагање доброчино, то се, према владајућем схватању у немачкој теорији[100] и пракси,[101] процењује

[95] M. Avenarius (2010^{2}), 993; H. Brox, 211; C. T. Ebenroth, 388; M. Harder, I. Kroppenberg, 160; JPK *BGB*/Hamdan, 864; Ulrich von Lübtow, *Erbrecht*, II, Berlin 1971, 891; Lutz Michalski, *BGB Erbrecht*, Heidelberg 2001^{2}, 283; MünchKomm/Grunsky, § 2113 Rn 7; PWW/Kummer, 2827.

[96] У том смислу: H. Brox, 211; DErbK/Große Wilde, 459; Jauernig/Stürner, 1756; T. Kipp, H. Coing, 292; MünchKomm/Grunsky, § 2113 Rn 7; PWW/Kummer, 2827; RGRK/Johannsen, § 2113 Rn 4.

[97] Такви правни послови не стварају уштрб за фидеикомисара јер би их и он морао предузети да је постао наследник у моменту оставиочеве смрти. Осим тога, уколико фидуцијар не изврши оставиочеве обавезе и не исплати легате, то ће након наступања супституционог случаја морати да уради фидеикомисар, али под неповољнијим околностима (плаћање затезних камата, трошкова парничног и извршног поступка и сл.), вид. DErbK/Große Wilde, 460; Jauernig/Stürner, 1756; W. Schlüter, 282; Staudinger/Avenarius, § 2113 Rn 53.

[98] T. Kipp, H. Coing, 292; U. v. Lübtow, II, 895.

[99] H. Brox, 213; DErbK/Große Wilde, 460; C. T. Ebenroth, 390; MünchKomm/Grunsky, § 2113 Rn 20; W. Schlüter, 283

[100] H. Brox, 213; DErbK/Große Wilde, 461; C. T. Ebenroth, 391; R. Frank, 124; Jauernig/Stürner, 1756; JPK *BGB*/Hamdan, 865; D. Leipold, 268; U. v. Lübtow, II, 895; MünchKomm/Grunsky, § 2113 Rn 22; D. Olzen, 122; PWW/Kummer, 2827 2828; W. Schlüter, 283 284; Staudinger/Avenarius, § 2113 Rn 62.

[101] Вид. одлуку немачког Савезног врховног суда BGH, IVa ZR 147/81, 23. XI 1983, *Neue Juristische Wochenschrift* 7/1984, 366.

према објективно-субјективном критеријуму. Објективни елемент у појму доброчиног располагања огледа се у одсуству еквивалентне накнаде за отуђено или оптерећено право из заоставштине.[102] Субјективни моменат у појму бестеретног располагања постоји онда када фидуцијар није знао и, упркос томе што се понашао са дужном пажњом,[103] није ни могао знати да накнада коју је добио није еквивалентна вредности отуђеног права из заоставштине.[104] За оцену да ли је располагање доброчино релевантан је моменат предузимања правног посла.[105]

Међу немачким ауторима је спорно какве правне последице наступају када фидуцијар предузме располагање које је делом теретно, а делом бесплатно. На пример, фидуцијар свом пријатељу прода наслеђено половно возило за 5.000 евра, иако обојица знају да је његова тржишна вредност 10.000 евра – тзв. мешовит поклон (*gemischte Schenkung*).[106] Према схватању које преовлађује у литера-

[102] Овде је битно да еквивалентна накнада уђе у заоставштину, а не у по себну имовину фидуцијара или трећег лица. Вид. Jauernig/Stürner, 1757; T. Kipp, H. Coing, 292; K. Muscheler, II, 1257; PWW/Kummer, 2828. У складу са тим, бесплатно располагање постоји када фидуцијар ангажовањем добара из заоставштине уговори за себе доживотну ренту. Вид. одлуку немачког Савезног врховног суда BGH, IV ZR 24/52, 2. X 1953, *Neue Juristische Wochenschrift* 6/1953, 219.

[103] Приликом оцене да ли је фидуцијар могао знати да накнада коју је добио за отуђење добра из заоставштине није еквивалентна, не узимају се у обзир његове личне особине и пажња коју показује приликом предузимања својих послова, вид. M. Avenarius (2010^2), 995; JPK *BGB*/Hamdan, 866.

[104] Уколико је претходни наследник учинио бесплатно располагање зато што је погрешно сматрао да не постоји прибавиочева обавеза на извршење противчи нидбе, такво располагање биће неделотворно у моменту наступања супституцио ног случаја. Нпр, фидуцијар пренесе на прибавиоца својину на скупоценом сату, мислећи да тиме извршава обавезу из легата, при чему тај легат уопште не постоји, вид. U. v. Lübtow, II, 895.

[105] Увођење објективно субјективног критеријума правда се разлозима правне сигурности. H. Brox, 213, сматра да за оцену да ли је једно располагање добро чино не може бити одлучујући само објективни моменат, јер би у том случају био неделотворан сваки фидуцијаров уговор о преносу својине који је закључен ради испуњења уговора о продаји, уколико је уговорена цена мања од тржишне. У том смислу R. Frank, 123 124. Постоје аутори који критикују објективно субјективну концепцију. Manfred Harder, „Unentgeltliche Verfügungen und ordnungsgemäße Nachlassverwaltung des Vorerben", *Deutsche Notar Zeitung* 12/1994, 829 и даље, сма тра да је за квалификацију једног располагања као бесплатног довољно одсуство адекватне противчинидбе. Такође, M. Löhnig, *Erbrecht*, Köln Berlin 2007, 33, стоји на становишту да субјективни елемент игра улогу само код одговорности претходног наследника за штету, док се ограничавање фидуцијарове слободе располагања може везивати искључиво за објективне моменте.

[106] Пример наведен према C. T. Ebenroth, 391. Иступање претходног на следника из друштва лица за неадекватну накнаду, немачка судска пракса сматра располагањем које је делом теретно а делом бестеретно. Вид. одлуку немачког Са везног врховног суда BGH, II ZR 44/83, 26. 10. 1983, *Neue Juristische Wochenschrift* 7/1984, 362.

тури[107] и судској пракси,[108] целокупно располагање биће неделотворно. Ово правило важи и за располагања код којих претреже теретни елемент.[109] У наведеном примеру, када наступи супституциони случај, фидеикомисар ће моћи да од фидуцијаровог купца захтева предају аутомобила, с тим што купац може да услови предају возила истовременим враћањем цене коју је за њега платио (*Zug um Zug*). Присталице другог становишта сматрају да у оваквим случајевима купац треба да исплати потоњем наследнику примерену накнаду за бестеретни део располагања.[110]

Фидуцијару је дозвољено да бесплатно располаже добрима из заоставштине када то налажу моралне дужности и правила пристојности која се морају узети у обзир (§ 2113, ст. 2 *BGB*). Таква доброчина располагања потоњи наследник не може оспоравати након наступања супституционог случаја. Релевантне су само оне моралне дужности које су настале с обзиром на личност оставиоца и његову заоставштину, а не и оне које се тичу личности претходног наследника.[111] На пример, фидуцијар може на терет заоставштине: да учини поклон особи која је била блиска оставиоцу, да финансијски помогне оставиочево кумче, да дâ донацију цркви којој је припадао оставилац или институту који проучава болест од које је оставилац умро.[112] Ако претходни наследник намири оставиочевог нужног наследника чије је право на нужни део застарело, такво давање немачка судска пракса третира као бесплатно располагање које налажу моралне дужности.[113]

Да би једно бесплатно располагање било неделотворно, неопходно је да за последицу има осујећење или умањење права потоњег наследника. Код овог ограничења за оцену су релевантни економски, а не правни критеријуми.[114] У једном случају немачки Савезни врховни суд је стао на становиште да потоњи наследник не може оспоравати бесплатно отуђење непокретности која се на-

[107] C. T. Ebentoth, 391; R. Frank, 124; Jauernig/Stürner, 1757;T. Kipp, H. Coing, 294; D. Leipold, 268; PWW/Kummer, 2827; Staudinger/Avenarius, § 2113 Rn 66.

[108] Вид. одлуку немачког Савезног врховног суда BGH, IVa ZR 75/83, 10. X 1984, *Neue Juristische Wochenschrift* 7/1985, 382.

[109] R. Frank, 124.

[110] H. Brox, 214;; RGRK/Johannsen, § 2113 Rn 30.

[111] DErbK/Große Wilde, 461; C. T. Ebenroth, 392; T. Kipp, H. Coing, 294; MünchKomm/Grunsky, § 2113 Rn 29; NK *BGB*/Gierl, 657 658.

[112] *Ibid.*

[113] Вид. одлуку немачког Савезног врховног суда BGH, IV ZR 185/72, 4. VII 1973, *Neue Juristische Wochenschrift* 38/1973, 1691.

[114] M. Harder, I. Kroppenberg, 161; Jauernig/Stürner, 1757; JPK *BGB*/Hamdan, 866; U. v. Lübtow, II, 896 897; NK *BGB*/Gierl, 655; PWW/Kummer, 2827; RGRK/Johannsen, § 2113 Rn 32; Staudinger/Avenarius, § 2113 Rn 22.

лази у Источној Немачкој, јер је *in concreto* ту непокретност било практично немогуће продати, претходни наследник није могао да је употребљава, тако да од ње није било никакве користи већ је само стварала трошкове.[115] Такође, узима се да право фидеикомисара неће бити умањено услед фидуцијаровог бесплатног располагања учињеног да би се извршила обавеза из уговора о поклону који је закључио оставилац.[116]

За фидуцијарова бесплатна располагања наслеђеним добрима, као и за правне послове којима он отуђује или оптерећује непокретности из заоставштине на уштрб потоњег наследника предвиђена је санкција „апсолутне неделотворности" (*absoluter Unwirksamkeit*). Апсолутна неделотворност није исто што и апсолутна ништавост.[117] Од момента предузимања па све до наступања супституционог случаја, фидуцијаров правни посао биће пуноважан,[118] јер за разлику од апсолутне ништавости која делује *ex tunc*, апсолутна неделотворност делује *ex nunc*, тј. од наступања супституционог случаја. Опстанак правних дејстава која је произвео фидуцијаров правни посао зависи од тога да ли ће да наступи супституциони случај.[119] Када наступи супституциони случај, правни посао губи правна дејства по сили закона.[120] На пример, ако фидуцијар прода непокретност и пренесе на купца својину, купац може да се укњижи и биће власник непокретности све до наступања супституционог случаја. Када наступи супсти-

---

[115] BGH, V ZR 243/97, 12. III 1999, *Neue Juristische Wochenschrift* 28/1999, 2037. Вид. и: BGH, IVa ZR 147/81, 23. XI 1983, *Neue Juristische Wochenschrift* 7/1984, 367.

[116] Вид. DErbK/Große Wilde, 460; PWW/Kummer, 2827.

[117] У том смислу, експлицитно MünchKomm/Grunsky, § 2113 Rn 9; Staudinger/Avenarius, § 2113 Rn 24.

[118] DErbK/Große Wilde, 459; R. Frank, 122; M. Harder, I. Kroppenberg, 162; JPK *BGB*/Hamdan, 868; U. v. Lübtow, II, 896; K. Muscheler, II, 1252; D. Olzen, 121; O. Ricken, 473; Staudinger/Avenarius, § 2113 Rn 23; W. Schlüter, 281.

[119] W. Schlüter, 281, метафорично говори да фидуцијарово располагање не покретностима из заоставштине: „носи у себи клицу будуће неделотворности". K. Muscheler, II, 1252, сматра да су последице правног посла којим је отуђена непо кретност из заоставштине у периоду од његовог предузимања до наступања суп ституционог случаја, најсличније правном режиму који производи уговор, код којег постоји основ за раскид, у периоду од закључења до давања изјаве о раскиду. Упор. и: PWW/Kummer, 2825, који каже да је реч о „одложно условљеној неделотворно сти", јер ако супституциони случај не наступи, фидуцијарово располагање остаје пуноважно.

[120] DErbK/Große Wilde, 459; C. T. Ebenroth, 387; U. v. Lübtow, II, 896; MünchKomm/Grunsky, § 2113 Rn 10. Пошто неделотворност наступа по сили закона, потоњи наследник не мора да подиже преображајну тужбу (*Gestaltungsklage*), као што је на пример, тужба за раскид уговора. Уколико након наступања супституцио ног случаја постоји спор о томе да ли је располагање неделотворно, потоњи наслед ник може да подигне тужбу за утврђење (*Feststellungsklage*). Вид. W. Schlüter, 282.

туциони случај, уговор о преносу својине *ex lege* губи правна дејства. Фидеикомисар постаје сопственик непокретности. Он може да захтева исправку уписа у земљишној књизи (*Grundbuchberichtigungsanspruch*) и предају непокретности у државину (*Herausgabeanspruch*).[121] Санкција неделотворности неће наступити ако фидеикомисар одобри фидуцијарова располагања.[122]

Могућност фидеикомисара да своје право супростави фидуцијаровим правним следбеницима ограничена је применом правила о заштити савесних стицалаца (§ 2113, ст. 3 *BGB*). Овде се превасходно имају у виду правила о начелу поуздања у земљишне књиге. Ако је фидуцијар уписан у земљишну књигу као искључиви сопственик непокретности, фидеикомисар неће моћи да супростави своје право према фидуцијаровом правном следбенику уколико је овај био савестан – није му било познато да постоји фидеикомисарни однос (§ 892 *BGB*). Да би обезбедило фидеикомисара и спречило примену правила о заштити савесних стицалаца, немачко право предвиђа да се у земљишну књигу *ex officio* уписује забележба о фидеикомисарној супституцији (*Nacherbevermerk*).[123] У случају да фидуцијар бесплатно отуђи покретну ствар, његов прибавилац може да одбије фидеикомисаров захтев за предају те ствари ако су *in concreto* испуњени услови за стицање од невласника.[124]

BGB у § 2136 експлицитно предвиђа могућност да завешталац ослободи претходног наследника (*Befreiung des Vorerben*) од ограничења која се односе на располагања непокретностима и правима која се са њима уподобљавају (регистровани бродови, бродоградилишта, потраживања обезбеђена хипотеком итд.).[125] Зако-

---

121 Пример наведен код: H. Brox, 211.

122 H. Brox, 212; DErbK/Große Wilde, 460; C. T. Ebenroth, 387; R. Frank, 123; Jauernig/Stürner, 1756; JPK *BGB*/Hamdan, 868; T. Kipp, H. Coing, 298; H. Lange, K. Kuchinke, 586; D. Leipold, 268; U. v. Lübtow, II, 891; D. Olzen, 121; PWW/Kummer, 2828; W. Schlüter, 283.

123 Вид. § 51 немачког Земљишнокњижног закона (*Grundbuchordnung*), који предвиђа: „Приликом уписа претходног наследника истовремено се по службеној дужности уписује право потоњег наследника, а ако је претходни наследник ослобођен од ограничења свог права на располагање, онда и то ослобођење“.

124 Стицање од невласника регулисано је § 932 *BGB*. Из те одредбе проистиче да ако фидуцијар склопи са прибавиоцем уговор о преносу својине и преда му ствар, прибавилац стиче својину на тој покретној ствари само ако је у моменту стицања својине био савестан. Прибавилац се сматра несавесним ако му је било познато, или му је услед грубе непажње остало непознато, да се ствар налазила у режиму фидеи комисарне супституције.

125 Ова установа настала је по узору на *Fideicommissum eius quod superfuturum erit*, која је била распрострањена у реципираном римском праву које је важило у Немачкој пре доношења *BGB* а тзв. *Опште право* (*Gemeine Recht*), вид. T. Kipp, H. Coing, 314.

нодавац је прописао максималну границу ослобађања претходног наследника. Завештаоцу је забрањено да претходног наследника ослободи од ограничења које се односи на предузимање бестеретних располагања.[126] Иначе, ослобађање претходног наследника врши се у форми располагања за случај смрти (тестамент, уговор о наслеђивању). Није неопходно да одредба о ослобађању буде у истом тестаменту у коме је предвиђена фидеикомисарна супституција.[127] Такође, не тражи се да завешталац у тестаменту употреби израз „ослобађање". *BGB* у § 2137 предвиђа и одређена интерпретативна правила везана за ослобађање претходног наследника. Тако, ако је завешталац поставио потоњег наследника за оно што преостане од оставиочеве смрти до наступања супституционог случаја, таква одредба се тумачи као ослобађање фидуцијара од свих ограничења од којих по закону може бити ослобођен. На исти начин се тумачи и одредба у тестаменту у којој стоји да фидуцијар може слободно располагати заоставштином. Завешталац може предвидети ослобађање фидуцијара под условом (на пример, да ће моћи да располаже заоставштином ако се нађе у невољи).[128]

3.2. Становиште српског права

Полазећи од законског правила по коме претходни наследник има правни положај плодоуживаоца, српски аутори сматрају да он нема право да отуђи и оптерети права из заоставштине.[129] Повреда ове забране има за последицу апсолутну ништавост. Уколико би претходни наследник отуђио неку ствар из заоставштине, такав акт не би производио никаква правна дејства према потоњем наследнику. Потоњи наследник би у тренутку наступања супституционог случаја постао власник отуђене ствари и могао би против фидуцијаровог прибавиоца да подигне својинску тужбу (*actio rei vindicatio*).[130] Од забране располагања дозвољени су изузеци: 1) претходни наследник може да отуђи добро из заоставштине да би испунио легат, налог или извршио завештаочеву обавезу;[131] 2) акт располагања пра-

[126] DErbK/Große Wilde, 488; C. T. Ebenroth, 402; R. Frank, 124; M. Harder, I. Kroppenberg, 163; T. Kipp, H. Coing, 316; D. Leipold, 270; U. v. Lübtow, II, 902; MünchKomm/Grunsky, § 2136 Rn 9; K. Muscheler, II, 1285.

[127] JPK *BGB*/Hamdan, 927; MünchKomm/Grunsky, § 2136 Rn 2.

[128] Вид. Jörg Mayer, „Der superbefreite Vorerbe? Möglichkeiten und Grenzen der Befreiung des Vorerben", *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge* 1/2000, 3.

[129] С. Сворцан, 281.

[130] О. Антић, З. Балиновац, 387.

[131] И. Бабић, 106.

вом из заоставштине биће дозвољен ако се са њим сагласи потоњи наследник.[132]

3.3. Критички осврт

Приликом регулисања односа између претходног и потоњег наследника законодавац мора да одмерава између два супростављена интереса. Претходном наследнику погодује систем у коме би имао већу слободу да располаже заоставштином, јер му се на тај начин омогућава да из наследне масе остварује више користи. Што се тиче потоњег наследника, њему *prima facie* више одговара да фидуцијарова слобода располагања добрима из заоставштине буде потпуно ограничена. Најбоља гаранција да ће супстанција наследне масе бити сачувана до наступања супституционог случаја постоји онда када фидуцијар не сме ниједно добро из заоставштине да отуђи или оптерети.

Код оваквог стања ствари од законодавца се очекује да пронађе компромисно решење, које ће у довољној мери уважити и претходног и потоњег наследника. Чини се да решење коме се приклонило српско право не представља адекватан компромис. Оно не уважава у довољној мери ни интересе претходног, нити интересе потоњег наследника.

У систему који је прихватило српско право, претходни наследник је ограничен на то да из заоставштине црпи само оне користи које му доноси редовна употреба ствари, прибирање плодова и редовних прихода. То његов положај чини изразито неповољним. Ако у заоставштини постоје ствари које за претходног наследника немају употребну вредност и које би се тешко могле издати у закуп да би доносиле цивилне плодове (на пример, мушкарац наследи женски накит), поседовање таквих предмета за фидуцијара ће представљати само терет, а не корист. Због тога је у интересу претходног наследника да му се омогући да таква добра размени за нека друга, која су подобна да му донесу трајније и веће приходе.

Максимално ограничење фидицијарове слободе располагања може за њега представљати очигледну неправду, јер наступање супституционог случаја не мора увек да буде извесно. Узмимо именовање наследника под раскидним условом. На пример, завешталац за наследника именује лице А и предвиди да ће оно престати да буде наследник ако почне да пуши. Могућност остварења раскидног услова постоји све до смрти тестаментарног наследника. Ако лице А до смрти не запали ниједну цигарету, оно ће у свему испоштовати завештаоца, али од свог наследничког својства неће добити ништа преко редовне употребе наслеђених добара и прибирања плодова.

[132] С. Сворцан, 281.

Ограничавање права претходног наследника да располаже добрима из заоставштине противречи и правнополитичким циљевима фидеикомисарне супституције. Овај аргумент је посебно дошао до изражаја приликом доношења *BGB*-а.[133] Први нацрт *BGB*-а (§ 1815 E I) предвиђао је да се у погледу правног положаја претходног наследника сходно примењују правила о плодоуживању. У даљем раду на изради законика одустало се од оваквог предлога. Систем ограничене слободе располагања био би примерен уколико би се пошло од тога да завешталац посеже за фидеикомисарном супституцијом зато што сматра да фидуцијар не поседује довољно способности да правилно управља наследством. Међутим, пракса показује да завешталац прибегава фидеикомисарној супституцији из других побуда – најчешће зато што хоће да фидуцијар буде његов наследник, али из неког разлога не жели да заоставштина припадне фидуцијаровим тестаментарним наследницима. Остварењу таквих правнополитичких циљева више одговара систем у коме фидуцијар има већу могућност да располаже заоставштином.[134]

Када је реч о потоњем наследнику, основно питање састоји се у следећем: да ли је у његовом интересу да му се сачува вредност или супстанција наследне масе? Другим речима, потребно је размотрити да ли је за потоњег наследника од посебног значаја да у тренутку наступања супституционог случаја добије све оне ствари које су постојале у тренутку оставиочеве смрти или да добије имовину неумањене вредности. Очување супстанције није увек могуће нити целисходно за потоњег наследника, јер неке ствари протеком времена нужно пропадају и губе своју вредност. На пример, ако се у заоставштини налази нов аутомобил, чак и да га претходни наследник гаражира и редовно одржава, његова цена ће се протеком времена константно смањивати. Ако од оставиочеве смрти до наступања супституционог случаја протекне доста времена, аутомобил ће бити сачуван за потоњег наследника, али та ствар неће за њега имати готово никакву ни тржишну нити употребну вредност. Зар и за потоњег наследника не би било боље да је претходни наследник имао могућност да тај аутомобил размени за неко друго имовинско добро, које би своју вредност сачувало до наступања супституционог случаја?

Ограничавање фидуцијарове слободе располагања није у складу ни са економским разлозима.[135] Овде треба указати на један прав-

133 *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, Berlin 1899, Prot. V 341, S. 91 f, нав. према O. Ricken, 464 465.

134 *Ibid*.

135 Упор. H. Lange, K. Kuchinke, 583; K. Heider, 2, који кажу да минимум који захтевају потребе правног промета јесте да се претходном наследнику дâ могућност да предузима уобичајена располагања. Ово се посебно односи на покретну имови ну. Вид. Обрен Станковић, „Ствар“, *Енциклопедија имовинског права и права удру*

но-политички парадокс који постоји у српском законодавству. С једне стране, српско право начелно забрањује фидеикомисарну супституцију и ту забрану образлаже „разумљивим разлогом“, а то је спречавање ограничавања у погледу располагања имовином.[136] С друге стране, оне облике фидеикомисарне супституције које дозвољава (именовање наследника под условом и роком) домаћи законодавац уређује тако што максимално ограничава слободу претходног наследника да располаже добрима из заоставштине.

Имаући у виду изложено, сматрамо да би српски законодавац приликом регулисања права фидуцијара да располаже добрима из заоставштине требало да напусти решење које је преузео из аустријског права и да се приклони принципу либералитета. На тај начин би се претходном наследнику омогућило да из заоставштине црпи максимум користи.[137] Интереси потоњег наследника довољно се штите тиме што ће кроз примену правила о реалној суброгацији бити сачувана вредност наследне масе – све оно што фидуцијар добије као накнаду за отуђено добро из заоставштине биће дужан да по наступању супституционог случаја преда фидеикомисару. Целисходно је да се слободи претходног наследника да располаже добрима из заоставштине поставе два ограничења. Прво ограничење тиче се бесплатних располагања. Претходном наследнику треба забранити да бесплатно отуђује или оптерећује предмете из наследне масе, јер се на тај начин обесмишљава заштита потоњег наследника коју му пружају правила о реалној суброгацији. Такође, претходни наследник треба да буде ограничен у погледу права да располаже непокретностима. Такво ограничење, с једне стране, налажу посебни интереси које у погледу непокретности има потоњи наследник, због њиховог економског и психолошког значаја.[138] С друге стране, такво ограничење не би драстично шкодило интересима претходног наследника, јер непокретности имају постојану вредност и подобне су да доносе трајне приходе.

женог рада III (ур. О. Станковић, С. Перовић, М. Трајковић), Београд 1978, 182: „Мноштво и разноликост покретних ствари, ограничен век трајања за већину њих, а потрошност за знатан број   све то у условима поделе рада чини да је циркулација покретних ствари масовнија и интензивнија“.

136 Вид. уместо свих Божидар С. Марковић, *Закон о наслеђивању   са објаш њењима и напоменама*, Београд 1955, 134; Михаило Константиновић, „Опште на помене уз тезе за претпројект Закона о наслеђивању“, *Анали Правног факултета у Београду* 3 4/1982, 476.

137 Упор. „својина се оправдава друштвеном коришћу“, Михаило Констан тиновић, „Тенденција модерних законодавстава у смислу ограничења права на наслеђивање“, *Анали Правног факултета у Београду* 3 4/1982, 358.

138 Упор. О. Станковић (1978), 182: „због употребне вредности непокретности и њиховог века трајања, човек се више везује за непокретности“.

4. ЗАКЉУЧАК

Српско право дозвољава неке облике фидеикомисарне супституције. Реч је о случајевима када завешталац именује наследника под условом или роком. Правни положај фидуцијара српски законодавац је уредио на сумаран начин, прописујући да му „заоставштина припада на уживање“ односно да „има положај уживаоца заоставштине“. Оваква регулатива није у складу са начелом *ipso iure* наслеђивања, које представља једно од основних принципа српског наследног права, а које предвиђа да заоставштина по сили закона у тренутку оставиочеве смрти прелази на његове наследнике. Спорне законске одредбе не смеју се дословно интерпретирати, већ их треба разумети у смислу да претходни наследник у моменту оставиочеве смрти стиче наследство у својину, која је ограничена: временски (губи својство наследника у моменту остварења супституционог случаја) и садржински (не може да врши сва својинска овлашћења, већ му припадају само она права која има плодоуживалац).

Када је реч о праву претходног наследника да располаже добрима из заоставштине, српски законодавац се приклонио систему потпуно ограничене слободе располагања који постоји у аустријском праву. Овакав систем тежи да заштити потоњег наследника тако што забрањује претходном наследнику да отуђи или оптерети било које добро из заоставштине. Прихваћено решење има бројне недостатке: ограничава правни промет, обавезује претходног наследника да чува ствари које нису подобне да доносе приходе и тако га спречава да целисходније користи наследство. Интересима претходног и потоњег наследника више одговара прихватање система либералитета, који је детаљно разрађен у Немачком грађанском законику, а за који је карактеристично да претходном наследнику признаје делимично ограничену слободу располагања добрима из наследне масе, док интересе потоњег наследника штити првенствено путем правила о реалној суброгацији. Прихватање овог система погодује претходном наследнику, јер му омогућава да наслеђена добра размени за нека друга која доносе веће приходе. С друге стране, систем либералитета одговара и интересима потоњег наследника, коме ће више погодовати да добра која протеком времена нужно губе своју тржишну вредност не буду физички сачувана да дочекају тренутак наступања супституционог случаја, већ да се размене за нека друга добра трајније вредности.

Dr. Dejan B. Đurđević

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

LEGAL POSITION OF THE PRECEDING INHERITOR

Summary

Under Serbian law, preceding and subsequent inheritor occur when testator appoints a successor under condition or with time limit. Terse rules of the Serbian *Law on Inheritance* qualify a preceding inheritor as an usufructuary. This opens up at least two questions. Firstly, what is the nature of the preceding inheritor's legal position? Does he have a usufruct of the estate, or a sort of time-limited property rights? Secondly, does he have a right to dispose of the estate? The author starts off with comparative analysis of a number of legislative, doctrinal and judicial outlooks on these issues, and concludes that preceding inheritor may only hold a position of proprietor, limited in time and content. He may not be qualified as an usufructuary. On the occasion of the testator's death, the preceding inheritor succeeds to his estate. His property rights are time-limited and restricted in substance.

When it comes to the preceding inheritor's right to dispose of the inherited goods, it is the author's firm belief that the creators of the future Serbian civil codification should renounce the presently accepted Austrian system of prohibited disposition, and agree to the much more convenient system of liberality. The latter should accelerate legal transactions, and serve more adequately the interests of both the preceding and the subsequent inheritor. The system of liberality allows the preceding inheritor to dispose of the estate without excessive restrictions, while it protects interests of the subsequent inheritor via the rules on real subrogation. It facilitates a more efficient management of the estate in the time between the decease and expiration of the time-limit, or fulfillment of the condition; as the preceding inheritor may trade the inherited goods for other possessions, which may generate more income, or be less prone to losing value.

Key words: *Latter (subsequent) inheritor. – Preceding (prior) inheritor. – Real subrogation. – Substitution. – Last will and testament. – Fideicommissary substitution.*

УДК 34(354)

Др Војислав Станимировић*

НОВИ ПОГЛЕД НА ХАМУРАБИЈЕВ ЗАКОНИК (I део)

Текст садржи први потпуни превод Хамурабијевог законика на српски језик, јер обухвата са одговарајућим ознакама и превод тридесетак рекон струисаних норми, које су у оригиналном тексту избрисане (чл. 66 99), што досадашњи српски преводи нису нудили. Имајући у виду и најновија открића у вези с овим законикoм (Хазор), уз прилагођени превод најважнијег клинописног законика дају се и исцрпна иновирана објашњења. Она задиру у неке проблеме везане за поједине његове прописе и најзначајније новине које је Хамурабијев за коник унео у правни живот. Аутор покушава да из новог угла сагледа и његову сложену природу. Јединствено преплитање обичаја и закона, као два суштин ски различита правна извора, природа Законика, који се налази између законика у ужем смислу те речи и збирке пресуда, као и значајне промене које доноси у области социјалне политике, у пуној мери показују колико савремена правна култура дугује сумерско акадској правној традицији, чији је он један од пото мака, мада не и најстарији, како се дуго веровало.

Кључне речи: *Хамурабијев законик (српски превод). Правни извори. Закон и обичај. Вавилон. Сумерско акадска правна традиција.*

1. УВОД

Крајем јула 2010. године године објављено је да је у северном Израелу, у Хазору, археолошки тим Хебрејског универзитета у Јерусалиму открио два дела глинене таблице чији садржај одговара стилу Хамурабијевог законика.[1] И ова два малена фрагмента из XVIII или XVII века пре нове ере, који стају на половину длана, осим што

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *woja@ius.bg.ac.rs*.

[1] *http://www.israelnationalnews.com/News/News.aspx/138788.* Вест је објављена 26. јула 2010. године. Археолошка ископавања у Хазору предводе проф. др Амнон Бен Тор (*Ben Tor*) и проф. др Шарон Цукерман (*Zuckerman*). Ова два пронађена до

су афирмисали хипотезу о Хазору као месту где је цветала велика школа преписивача у доба Вавилонског царства, још једном су указали на широку распрострањеност и популарност Хамурабијевог законика у време његовог важења, али и на његов далекосежни утицај на светску правну и културну баштину.

Шести владар I династије Старог вавилонског царства, Хамураби, пред крај своје владавине,[2] која је, према данас преовлађујућем становишту у науци, трајала од 1792 – 1750. године пре н. е.,[3] донео је своје законе. Они сачињавају најбоље сачувани и најдужи законик Старог века, осликавајући једну високо развијену цивилизацију,[4] као најзначајнији изданак богате сумерско-акадске кунеиформне правне традиције.[5] Бројне новине које у право уводи и одлучност Хамурабија да успостави „правну државу“, овом енергичном владару обезбедили су почасно место међу законодавцима Старог века. Пролог и епилог овог законика показују велику тежњу цара, кога су „богови изабрали и надахнули законима“, да небеску праведност спроведе у својој држави и да својим личним примером владавине истраје на древном приципу правичности.[6]

кумента поверена су на обраду проф. др Вејну Хоровицу (*Wayne Horowitz*) који је први указао да по свом стилу фрагменти одговарају Хамурабијевом законику.

2 Према мишљењу неких аутора Законик је донет током 39. године његове владавине, вид. Gwendolyn Leick, *The Babylonians*, London New York 2003, 36.

3 Другачије становиште износи Raymond Westbrook, „The Nature and Origins of the Twelve Tables“, *Zeitschrift der Savigny Stiftung fur Rechtsgeschichte* 118/1988, 84 85. Хамурабијев законик смешта у 1680. годину пре нове ере. Додуше, касније је и он напустио ово становиште приклонивши се већини, вид. Raymond Westbrook, „Old Babylonian Period“, *A History of Ancient Near Eastern Law*, I (ed. R. Westbrook), Leiden 2003, 361. Од новијих радова више о Хамурабију вид. Marc Van de Mieroop, *King Hammurabi of Babylon*, Malden Oxford Carlton 2005; Levin Judith, *Hammu rabi*, New York 2009.

4 Отуд неки писци овај законик називају *a charter of Babylonian kingship* (G. Leick,36).

5 Виктор Корошец, „Садашње стање проучавања правних извора писаних клинастим писмом“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1957, 18 33; исти, „Le Code de Hammurabi et les droits antérieurs“, *Revue internationale des droits de'l antiquité* 8/1961, 11 27. Он потврђује тезу Кошакера (Paul Koschaker, *Rechtsvergleichhende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis, Königs von Babylon*, Leipzig 1917, 1) о утицају и сумерског, али и акадског права на Хамурабијев законик. Указује да је, између осталог, трипартитна подела на пролог, прописе и епилог, сумерски изум, преузета из Ур Намуовог и Законика Липит Иштара (а ње нема у акадском Ешнунском за конику, нити у Хетитском и Асирском законику), док је породично и брачно право регулисано по угледу на акадско право (14 15). У том смислу може се сматрати да Хамурабијев законик представља један од најстаријих примера правних транспла ната, вид. Алан Вотсон, *Правни трансплanти*, (превод с енглеског С. Митровић), Београд 2000, 47; исти, „Право у књигама, закону и стварности: упоредноправни поглед“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 5.

6 Gwendolyn Leick, *A Dictionary of Ancient Near Eastern Mythology*, New York 1998, 36; Leo A. Oppenheim, *Ancient Mesopotamia*, Chicago London 1977, 158.

Његови прописи били су уклесани на камене стеле и постављени у свим важнијим градовима царства. На сачуваној стели од диорита високој 2,62m, поред пролога и епилога (који заједно заузимају око пет колумни текста, од укупно 41 колумне), налазило се близу 300 законских одредби. Она је красила Мардуков храм у Сипару,[7] а одатле је, као ратни плен, еламитски владар Шутрук-Нахунт I, пренео у своју престоницу Сузу.[8] На самом почетку XX века стелу је открио француски тим археолога предвођен Жан-Жак де Морганом, пренео је у Париз и сместио у Лувр, где се и данас налази. Чињеница да су касније на истом налазишту пронађени остаци бар још две стеле које су садржавале прописе Хамурабијевог законика, сведочи о томе колико су чак и древни пљачкаши, попут дивљег владара Елама, високо ценили споменике сумерско-акадске правне традиције и са дужним поштовањем се односили према њима.

Нажалост, у данашње време је целокупно културно наслеђе Месопотамије изложено великом страдању услед сукоба који су 2003. године започели у Ираку. Према расположивим подацима,[9] велики број археолошких локалитета је уништен и/или опљачкан ради илегалне препродаје, а праве размере овог разарања је веома тешко утврдити.[10] Међу локалитетима који су страдали, а који су на неки начин везани за Хамурабијев законик, су и Вавилон, Ларса, Лагаш, Ериду и Адаб (Бисмаја).[11] Оружје и црно тржиште неповратно су разорили културно благо Месопотамије. Судбина оличена у лику бескрупулозних освајача и грамзивих оскрнавитеља, која као проклетство још од времена Новог царства прати Египат, у XXI веку

[7] Вид. фн. 40

[8] Суза је била еламитска престоница и налазила се у данашњем Ирану, између река Каркех и Дез, југоисточно од Вавилона. Један од најстаријих градова света, чија старост сеже до 4000 године пре н. е., разорио је асирски цар Асурба нипал, 639. године пре н. е. Град је крајем VI и почетком V века пре н. е. обновио персијски владар Дарије I и учинио га је својом омиљеном резиденцијом знаном и Херодоту, али је обновљени град страдао у пожару за владавине Артаксеркса I, средином V века пре н. е.

[9] Пројекат *The Iraq War and Archeology* (IWA) су кроз исцрпне прегледе извештаја о изгубљеним културним добрима сачинили Институт за оријенталне студије Универзитета у Бечу (*http://iwa.univie.ac.at/site.html*), Универзитет у Оксфор ду (*http://users.ox.ac.uk/~wolf0126/rebuild.html*) и Оријентални институт Универзите та у Чикагу (*http://oi.uchicago.edu/OI/IRAQ/iraq.html*).

[10] О једном пожртвованом покушају да се то учини, вид. Elizabeth C. Stone, „Paterns of Looting in Southern Iraq", *Antiquity* 82/2008, 125 138.

[11] Вид. извештај UNESCO о уништавању Вавилона из 2009. године (*Final report on Damage Assesment in Babylon*, *unesdoc.unesco.org/images/0018/001831/183134e.pdf*), као и извештај Британског музеја о стању локалитета у Ираку (*An Assesment of Archeological Sites in June 2008: An Iraqi British Project*, *www.britishmuseum.org/pdf/Iraq%20Report with%20images.pdf*), укључујући Ларсу, Лагаш, Ериду и Адаб (Бисмају).

снашла је подручје некадашње Месопотамије. Управо због оваквог односа према непроцењиво вредној културној баштини древне Месопотамије, када је умесно запитати се да ли ће се уопште више проналазити нови правни споменици, и да ли је откриће у Хазору можда лабудова песма докумената повезаних са Хамурабијевим закоником, нова тумачења већ познатих споменика су неопходна, како би се огромно правно и културно благо сачувало макар у свести научне заједнице.

Хамурабијев законик дешифровао је и 1902. године превео на француски језик Шел (*Scheil*).[12] Потом је био преведен на енглески[13] и немачки језик.[14] Већ тада су чланови Хамурабијевог законика, ради прегледности, означени бројевима који не постоје у оригиналу. У међувремену, од открића у Сузи до данас, пронађено је на десетине преписа и делова Хамурабијевог законика, разних коментара, позивања на законик, итд.[15] Неки од њих потичу из времена наследника Хамурабија, док су неки настали чак хиљаду година касније. Пошто је са стеле, која се чува у Лувру и која је остала до данас основ сваког превода Хамурабијевог законика, намерно избрисан један део чланова, вероватно са намером да се на њихово место уклешу нови, другачији прописи (а, према старијим тумачења, као израз мржње освајача), захваљујући поменутим открићима могуће је реконструисати многе од недостајућих чланова. У науци је дуго остало спорно на који начин означити недостајуће чланове. Због тога је изузетно значајан подухват Марте Рот, која је сакупила све до тада познате одломке преписа Хамурабијевог законика, али и најважнијих осталих пронађених кодификација са тла Месопотамије, све преводе на енглески језик[16] и све друге најзначајније преводе, уредила и на

[12] Vincent Scheil, *La loi de Hammurabi*, Paris 1902.

[13] Иако је већ 1903. године Кук писао о Хамурабијевом законику (Stanley A. Cook, *The Laws of Moses and the Code of Hammurabi*, London 1903), први ен глески превод појавио се годину дана касније (Robert Fransis Harper, *The Code of Hammurabi, King of Babylon*, Chicago 1904).

[14] Josef Kohler, Felix Ernst Peiser, *Hammurabis Gesetz*, Leipzig 1904 1910; Hugo Winkler, *Die Gesetze Hammurabis Königs von Babylon, um. 2250 v. Chr. Vierte verbesserte Auflage*, Leipzig 1906.

[15] Једна од најпотпунијих копија уклесана на глиненој плочици чува се у Музеју древног Оријента, који се налази у склопу Археолошког музеја у Истанбулу (*room 5, inv # Ni 2358*).

[16] Од важнијих превода Хамурабијевог законика и пронађених фрагмена та, поред поменутих, вид. и Anton Deimel, *Codex Hammurabi, textus primigenius*, Rome 1930; Jorgen Laessøe, „On the Fragments of the Hammurabi Code“, *Journal of Cuneiform Studies* 4/1950, 173 187; André Finet, *Le Code de Hammurapi*, Paris 1973; Riekele Borger, „Babylonisch Assyrische Lesestücke“, I II, *Analecta Orientalia* 54, Rome 1979; Claudio Saporetti, „Le leggi della Mesopotamia“, *Studi e manuali di archeologia 2*, Firenza 1984; Veysel Donbaz, Herbert Sauren, „Ni 2553 + 2565. A Missing Link of

прегледан начин приказала и означила редове у колумнама и законске прописе, тако да њено дело данас чини незаобилазно штиво за сваког правног историчара, те је послужило и као основ овог новог српског превода.[17]

Први превод Хамурабијевог законика на српски језик појавио се 1925. године. Према Винклеровом (*Winkler*) преводу законика на немачки, професор Београдског универзитета, Чедомир Марковић, сачинио је свој превод, који је своје место нашао и у много година касније издатим *Одабраним изворима из опште историје државе и права.*[18] Потом је, 1985. године, Марко Вишић, према Миковом (*Meek*) енглеском преводу, начинио свој српски превод.[19] Последњих година појавио се и хрватски превод, рађен према енглеском преводу Драјвера и Мајлса (*Driver and Miles*), дајући упоредо и њихову транслитерацију акадског текста.[20] На крају, споменимо и „комерцијални" српски превод Хамурабијевог законика који је недавно сачинио Обрад Полић, у издању издавачке куће *Утопија*, чије име као да је предодредило његову судбину.[21] Преводилац је назначио да му је као изворник послужио Кингов превод [у књизи дословце стоји: *L. W. King* (приређивач), *The Code od Hammurabi*]. Не само да се овом брзоплетом и трапавом издању поткрала и штампарска грешка у навођењу изворника, те уместо *of* стоји *od* (што би можда могло да помогне несрећним читаоцима да лакше схвате чији је *Code* у питању), већ се од грбавог почетка иде ка још грђем крају. Нема навођења ни места, ни године издања изворника. У сваком случају, наведени „приређивач" *L. W. King* у ствари је преводилац Хамурабијевог законика на енглески језик. Први пут превод је објављен 1915. године и допуњен је коментарима Чарлса Хорна (*Charles F. Horne*) за потребе XI издања *Encyclopaedia Britannica*. Необично је да је од свих превода Хамурабијевог законика на ен-

the Hammurabi Law Code", *Orientalia Lovaniensia Periodica* 1991, 5 28. Један од последњих превода, H. Dieter Viel, *The Complete code of Hammurabi*, I II, Munich 2005, доживео је врло негативну рецензију, вид. Magnus Widell, „Review of *The Complete code of Hammurabi*, *http://elanguage.net/blogs/booknotices/?p 15* .

17 Martha T. Roth (ed.), „Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor", Atlanta 1997^2.

18 Љубица Кандић, *Практикум из опште историје државе и права (Одабрани извори)*, Београд 1968 (од 1977. године бројна наредна издања носе назив *Одабрани извори из Опште историје државе и права*).

19 Марко Вишић, *Законици древне Месопотамије*, Београд 1985, 121 144; Theophile J. Meek, „The Code of Hammurabi", *Ancient Near Eastern Texts Relating to the Old Testament*, Princeton 1969, 163 80.

20 Шефко Куртовић, *Хрестоматија Опће повијести права и државе*, I, Загреб 2005, 10 111; Godfrey R. Driver, John C. Miles, *The Babylonian Laws*, II, Oxford 1955.

21 *Хамурабијев законик* (превод с енглеског О. Полић), Београд 2005.

глески језик баш овај, скоро сто година стари/застарели превод, најлакше пронаћи на Интернету,[22] те је то, чини се, и највероватнији пут како је до њега, без муке, дошао Полић. Исти, Кингов превод, последњи пут је штампан без коментара 2007. године, тако да је и до њега могло лако да се стигне, али би у том случају ваљда били наведени место и година издања или издавач (*Biblio Bazaar*). Наравно, поводећи се за изворником, у преводу нема ни помена о члановима који недостају стели из Лувра, нити се у складу са савременим сазнањима исправљају грешке присутне у ранијим енглеским преводима. Превод прате веома штура објашњења која читаоцу не пружају готово никакво ново сазнање.[23] Ни на почетку, нити на крају, није дат никакав коментар, што је можда и боље, ако се узме у обзир да се на задњој корици налази кратак текст који би требало да привуче потенцијалне купце, у коме се може прочитати и ово: „Вавилонски владар Хамураби познат је по зборнику закона који се сматра првим закоником у људској историји“. То је, наравно, ноторно нетачно, јер су пронађени знатно старији Ур-Наму, Липит Иштар и Ешнунски законик, о чему је одавно на српском писао Корошец.[24] У наставку сазнајемо да „у законику се одређује циљ државне управе и закона, организација државе (о којој, иначе, нема ни речи у законику, *прим. В. С.*), сталешка подела, својина, „дуговинско-правни односи“, казнено-правна заштита, „процедура судског поступка“, односи у породици“, итд. Оно што можда највише забрињава у овом потпуном издавачком промашају је чињеница да је као његова стручна редакторка наведена Данијела Стефановић, која је, без сваке сумње, можда наш најбољи познавалац Старог истока.

Све у свему, захваљујући напору Марте Рот, данас је заокружен досадашњи труд у реконструкцији Хамурабијевог законика и чини се да су до сада најпрегледније попуњени недостајући чланови (од 66 до 99). Имајући у виду чињеницу да је, за сада, још увек немогуће у потпуности по бројевима реконструисати недостајуће чланове, у овом преводу који прати логику Марте Рот, недостајући

[22] Иако застарео, Кингов превод је, између осталог, зачудо нашао своје место у понуди старих правних текстова који су доступни на сајту једног од најпрестижнијих правних факултета данашњице, што довољно илустративно сведочи о смањеном истраживачком занимању за правну историју, вид. *http://avalon.law.yale.edu/subject menus/hammenu.asp*, Yale Law School, Lillian Goldman Law Library, The Avalon Project *Documents in Law, History and Diplomacy*.

[23] Многи поменути појмови у листи објашњења остали су без ма каквог појашњења, храмови из различитих градова или посвећени различитим боговима једноставно су преведени само као *храм*, Ашур се помиње као асирски бог, али не и као прва престоница Асирије, Нингирсу је преведен као бог заштитник без икаквог даљег одређења чији је заштитник био, итд.

[24] Виктор Корошец, „Садашње стање проучавања правних извора писаних клинастим писмом“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1957.

чланови су уместо бројева означени словима. Заграде које претходе сваком пропису и које прате и пролог и епилог су ознаке колумни и редова најважнијих извора (пре свега стеле из Лувра, али и других) и оне су први пут дате у нашој литератури као неопходно средство за што прецизније цитирање извора. Неки чланови су, у складу са новим сазнањима везаним за акадски језик, новим преводом умногоме измењени. Поред тога, овај превод прате и напомене које, осим што дају неопходна појашњења (која су до сада изостајала) не само правницима, историчарима, студентима, већ и свим знатижељним читаоцима, указују и на најважније одлике законика и новине које је он унео у право. Поврх тога, на одређеним местима ће, указујући на нека још увек спорна места у науци, бити учињен додатни напор да се она сагледају и у светлу нових хипотеза (што ће поједине напомене нужно учинити несразмерно опширнијим од других). Сам превод представља покушај да се што је могуће верније очува изворна логика вавилонског законодавца, и да се, свесно се понекад удаљавајући од прецизних, данас општеприхваћених правних израза, крути, правнички речник, замени, чини се, подобнијим, мада и неретко архаичнијим изразима. Имајући на уму чињеницу да је Хамурабијево време, ма колико било напредно, још увек било два миленијума удаљено од првих прецизних правних дефиниција дигнутих на ниво апстракције које срећемо у делима појединих римских правника (иако су се и они углавном устезали од уопштавања, заокупљени правном праксом, а не теоријом), овај превод је настојао да се изрази појмовима прихватљивим и блиским људима тог доба.

2. ХАМУРАБИЈЕВ ЗАКОНИК (ПРЕВОД)

(Пролог)

(I 1 – 26) Када врховни бог Ану,[25] старешина Анунаку божанстава,[26] и Енлил,[27] господар неба и земље, који одлучује о судби-

[25] Ану, Ан отац богова сумерског пантеона, месопотамски бог неба, рајски господар, заповедник осталим боговима. Његови синови били су Еа и Енлил. Жребом је било одређено да Еа влада водом, а Енлил тлом. Ану је задржао власт над небесима. О месопотамским божанствима више G. Leick, *passim;* Jeremy Black, Antony Green, *Gods, Demons and Symbols of Ancient Mesopotamia*, Austin 2003; Samuel Henry Hooke, *Middle Eastern Mythology*, Dover 2004.

[26] Анунаку, Anunnaki, Anunna пантеон сумерских, акадских и вавилонских божанстава. Првобитно значење је било: *они који су краљевске крви.* Касније, овај термин се односио на пантеон подземних богова, док се Игигу божанства везују за небеса.

[27] Енлил млађи син бога Ануа, сумерски бог олује и ветра, настао из уздаха олакшања који је испустио Ану после вођења љубави са Ки, богињом Земље. Био

ни земље, householder доделише врховну власт над људима богу Мардуку,[28] прворођеном сину бога Ее,[29] уздигавши га међу Игигу божанствима,[30] ословљавајући град Вавилон његовим узвишеним именом и учинивши га престоницом све четири стране света, основаше за њега краљевство темеља постојаних попут неба и земље.

(I 27 – 49) У то доба, богови Ану и Енлил, да бих се изборио за добробит људи, зазваше ме именом мојим: Хамураби – мене, побожног владара, пуног страхопоштовања према боговима, да учиним да правда превлада на земљи, да уништим развратне и зле, да спречим јаке да науде слабима, да се као бог сунца, Шамаш,[31] винем изнад људи и обасјам земљу.

(I 50 – 62) Ја сам Хамураби, пастир, кога одабра бог Енлил, онај који обасипа богатством и обиљем, који до савршенства чини све за град Нипур,[32] (кога зову) споном неба и земље, смерни старатељ храма Екура;[33]

је протеран из Дилмуна, резиденције богова, у подземни свет, зато што је силовао богињу Нинлил, али му је касније био допуштен повратак. Сумери су га обожавали као бога земљорадње, јер су веровали да их је опскрбио најважнијим ратарским алаткама. Можда управо због те везе коју је, силом прилика, остварио између небеса и подземног света, веровало се да поседује Таблице судбине и да оне представљају извор његове моћи. Био је заштитник града Нипура.

[28] Мардук врховни бог Вавилонаца, заштитник града Вавилона, син бога Ее, а његове бројне моћи повезиване су са водом, вегетацијом, плодношћу, правдом и магијом.

[29] Еа акадско божанство, прворођени син бога Ануа, а отац бога Мардука. Био је бог воде, мудрости, занатства и живота, бог створитељ. Створио је и првог човека, Адапа, од крви и иловаче, и дао је људима ватру. Познат је и под сумерским називом Енки. Био је заштитник града Еридуа.

[30] Игигу пантеон божанстава који се обично повезује са небом. Веровало се да се људима приказују као звезде. Међутим, Блек и Грин (*Black and Green*) сматрају да се овај термин у време Старог вавилонског царства односио на *десет великих богова* Вавилона, чему иде у прилог и значење које се може извући из Хамурабијевог законика.

[31] Шамаш бог сунца и правде у Вавилону. Познат је и под сумерским именом Уту. Веровало се да оштрим сечивом одваја истину од лажи. На врху стеле која се чува у Лувру, у коју је урезан Хамурабијев законик, налази се рељеф који приказује бога Шамаша који седи на божанском престолу и Хамурабију предаје законик. Тиме је законику прибављено божанско порекло, а пролог и епилог законика требало је да му дају и божанску снагу и обезбеде бесмртност. Ваља напоменути да има и другачијих тумачења овог рељефа. Једно од њих износи Henry William Frederick Saggs, *Everyday Life in Babylonia & Assyria*, New York 1965, 137, који сматра да је ту приказан бог Сунца, који је истовремено и бог Правде, како прима омаж од краља Хамурабија.

[32] Нипур (данашњи Нуфар) се налазио у средишњем делу Вавилона. Био је под заштитом бога Енлила.

[33] Екур храм бога Енлила у Нипуру

(I 63 – II 1) способни краљ, обновитељ Еридуа,[34] онај што прочисти обреде светилишта Еабзу;[35]

(II 2 – 12) онај који потчини све четири стране света, који увелича славу Вавилона, који весели срце свог божанског господара Мардука, (онај) чији су дани посвећени Есагил[36] храму;

(II 13 – 21) семе племените краљевске лозе, коју створи бог Син,[37] онај који обдари град Ур,[38] смеран и надарен, онај који засу изобиљем храм Егишнугал;[39]

(II 22 – 31) разборити владар, покоран богу Шамашу, силни, онај који постави темеље граду Сипару,[40] који огрну зеленилом свето здање богиње Аје,[41] ко учини чувеним Ебабарски храм,[42] налик рајском пребивалишту;

(II 32 – 36) ратник, који исказа милост и (поштеди) град Ларсу,[43] који обнови Ебабарски храм у славу свог савезника, бога Шамаша;

(II 37 – 47) господар који је препородио град Урук,[44] (јер) је обезбедио воде у изобиљу за свој народ, онај који високо издиже врх храма Еане,[45] који засу задивљујућим даровима богове Ануа и Иштар;[46]

---

[34] Ериду град у јужној Месопотамији, данашњи Абу Шахрен, под заштитом бога Енкија (акадског Ее).

[35] Еабзу храм бога Енкија у Еридуу.

[36] Есагил храм *Храм који диже своју главу*, храм у Вавилону посвећен богу Мардуку, библијска Вавилонска кула.

[37] Син Суен, акадски бог месеца, син Енлила и Нинлил. Заштитник града Ура. Познат је и под сумерским именом Нана.

[38] Ур данашњи Тел ал Мукајар, један од најстаријих и најважнијих сумерских градова. Био је под заштитом Нане, бога месеца.

[39] Егишнугал *Кућа испуњена месечином*, храм посвећен сумерском богу Нани (акадском Сину) у Уру.

[40] Сипар данашњи Тал Абу Хаба, град у северној Месопотамији, чији су заштитници били бог Шамаш и његова супруга Аја. Стела из Лувра на којој је уклесан Хамурабијев законик потиче управо из Сипара одакле је као ратни плен пренета у еламитску престоницу, Сузу.

[41] Аја Ауа, богиња сванућа, божанска супруга Шамаша.

[42] Ебабарски храм *Кућа врховног судије света, Бела кућа* или *Кућа јарког светла*, назив за храмове посвећене богу Шамашу и богињи Аји у Сипару и Ларси.

[43] Ларса данашња Синкара, град у јужној Месопотамији.

[44] Урук данашња Варка, град на југу Вавилона, под заштитом бога Ануа и богиње Иштар.

[45] Еана *Рајски дом (бога Ануа)*, храм богиње Иштар који се налазио у Уруку.

[46] Иштар богиња љубави, рата и плодности, Вечерња звезда, једно од омиљених месопотамских божанстава, по утицају и популарности налик египатској богињи Изиди. Позната је и под сумерским именом Инана.

(II 48 – 54) (онај који се) заштитнички наткрилио над земљом, који окупи заједно раздором поцепане народе града Исине, раскошно снабде Егалмашки храм;[47]

(II 55 – 67) змај међу краљевима, вољени брат бога Забабе,[48] онај који је населио (град) Киш,[49] сјајем окружио светилиште Еметеурсаг,[50] онај који је принео величанствене жртве богињи Иштар, онај који је преузео (управљање и) бригу о храму Хурсагкалама;[51]

(II 68 – III 6) (онај који) хвата непријатеље својом мрежом, чији пратилац, бог Ера,[52] му допусти да пригрли све за чим му срце жуди, онај који оснажи град Куту,[53] који увећа богатство храма Емеслам;[54]

(III 7 – 16) јаросни дивљи бик који пробада роговима своје душмане, миљеник бога Тутуа,[55] онај који ликујућим начини град Борсипу,[56] онај понизни који не направи ниједан пропуст старајући се о светилишту Езида,[57] (обитавалишту) бога краљева;

(III 17 – 23) онај који је преплављен мудрошћу, који створи плодно земљиште града Дилбата,[58] који препуни складишта жита за моћну богињу Ураш;[59]

(III 24 – 35) господар, достојан жезла и круне којима га награди мудра богиња Мама[60], онај који осмисли уређење града

47 Егалмашки храм храм посвећен богињи Гули у Исини. Гула је била богиња лечења, чије име, а уједно и титула значи: *Велика.* У сумерској верзији ле генде о великом потопу, Гула је удахнула живот људској врсти после потопа.

48 Забаба бог ратник. Заштитник града Киша.

49 Киш данашњи Тал ал Ухемир, град у средишњој Месопотамији, чији је заштитник био бог Забаба.

50 Емеурстаг *Кућа која пристаје Јунаку*, светилиште бога Забабе у Кишу.

51 Хурсагкалама храм богиње Иштар у Кишу.

52 Ера месопотамски бог куге, уништења и пошасти. Заштитник града Ку туа.

53 Куту данашњи Тал Ибрахим, град у средишњој Месопотамији, чији је заштитник био бог Ера.

54 Емеслам назив за храмове бога Ере у Кутуу и Машкан шапиру.

55 Туту заштитник града Борсипе, у близини Вавилона, један од Анунаку божанстава.

56 Борсипа данашњи Бирс Нимруд, град у централној Месопотамији, чији је заштитник био бог Набу

57 Езида *Кућа праведности*, светилиште посвећено вавилонском богу му дрости и писма, Набуу, које се налазило у Борсипи.

58 Дилбат данашњи Тал Дулајхим, град у средњој Месопотамији.

59 Ураш сумерска богиња земље, једна од супруга бога Ануа, мајка богиње Нининсине, бака Гилгамеша. Заштитница града Дилбата.

60 Мама Мамиту, Маммету, Маммиту, богиња мајка, богиња судбине, про роштва и предвиђања будућности, која зна животни ток, прошлост и судбину сваког живог створа.

Кеша,[61] који пробрану чисту[62] храну принесе на жртву богињи Нинту,[63]

(III 36 – 46) правични судија, племенити, онај који раздели пашњаке и појилишта градовима Лагашу[64] и Гирсуу,[65] који дарова мноштво хране за Енину храм;

(III 47 – 54) онај који је поробио непријатеље, вољени (богиње Иштар), способни, који обистињује пророчанства града Забала,[66] који милује срце богиње Иштар;

(III 55 – 64) чистокрвни принц, чије молитве услишује бог Адад,[67] јер му он умирује срце, херој града Каркаре,[68] онај који је долично опремио храм Еудгалгал;[69]

(III 65 – 69) владар који је улио (нови) живот граду Адабу,[70] надзиратељ храма Емаха;[71]

(III 70 – IV 6) господар краљева, ратник коме нема равног, онај који дарова живот граду Машкан-шапиру,[72] који опскрби мноштвом врела Еméслам храм;

(IV 7 – 22) разборити, онај који све уређује, који је овладао свом мудрошћу, онај који је народ града Малгиума[73] поштедео истребљења, изобиљем обдаривши њихова станишта, који нареди да се довека

61 Кеш град у средњој Месопотамији, још није откривено где се тачно на лазио, мада се претпоставља да је био у близини града Адаба.

62 Чисту у религијском, обредном смислу, попут *кошер* хране код Јевреја.

63 Нинту један од синонима за богињу Мама, богиња створитељка. Према легенди, помогла је при стварању људи, јер је од праисконске глине којој су удахну ле живот материце богиња украла четрнаест парчића и поређала их, седам на леву страну, а седам на десну, и од њих је настало првих седам парова људи.

64 Лагаш данашња Ал Хиба, престоница истоимене државе.

65 Гирсу данашњи Тело, варош у којој се налазио храм Енину, посвећен божанству Нингрису, које је штитило град Лагаш.

66 Забала данашњи Тал Избех.

67 Адад вавилонски бог грома, невремена и кише, сумерски Ишкур, каанан ски Хадад.

68 Каркара град чији је заштитник био бог олује, Адад.

69 Еудгалгал *Кућа јаросних олуја*, храм посвећен богу Ададу, у Каркари.

70 Адаб један од најранијих сумерских градова, који је, вероватно, Хамура би обновио, савремена Бисмаја, у Ираку, град који је претрпео велика страдања и који је тешко похаран током рата 2003. године.

71 Емах храм богиње мајке Нинмах, у Адабу.

72 Машкан шапир данашњи Тал Абу Дувари, на реци Тигру.

73 Малгиум још увек неоткривени град који се налазио на источној обали Тигра, град који се није добровољно предао Хамурабију, већ је пружао жесток от пор све док није био освојен. Штитили су га бог Енки и његова божанска супруга Дамкина.

приносе дарови у храни богу Енкију[74] и богињи Дамкини,[75] који величају његово краљевање;

(IV 23 – 31) вођа краљева, који је покорио насеобине дуж Еуфрата под пророчанским надахнућем бога Дагана,[76] његовог створитеља, који показа милост за народе Марија[77] и Тутула;[78]

(IV 32 – 44) смерни принц, који осветла образ богу Тишпаку,[79] (онај који) приреди свете гозбе у част бога Ниназуа,[80] онај који је одржао народ свој у време невоља и патњи, који му је осигурао мирне домове у срцу Вавилона;

(IV 45 – 52) пастир народа, чија су дела угодна богињи Иштар којој посвети храм Еулмаш[81] у средишту града Акада;[82]

(IV 53 – 58) који заговара истину, који исправним путем води свој народ, повративши добростивог бога-заштитника граду Ашуру;[83]

(IV 59 – 63) онај који угуши бунтовнике, владар који је увео обреде у част богиње Иштар у светилиште Емесмес[84] у граду Ниниви;[85]

(IV 64 – V 13) понизни, у непрекидној молитви свим великим божанствима, потомак Суму-ла-Ела,[86] моћни наследник Син-мубалита,[87] изданак вечне краљевске лозе, силни краљ, сунчев диск над Вавило-

---

[74] Енки код Сумера бог створитељ, изворно бог заштитник града Еридуа, код Акађана постаје Еа.

[75] Дамкина код Сумера позната под називом Дамгалнуна, богиња мајка, супруга Енлила, код Акађана постаје Дамкина, супруга Енкија (Ее), мајка Мардукова.

[76] Даган аморитско божанство, бог риба и рибарења, али заштитник житарица код Западних Семита.

[77] Мари данашњи Тал ал Харири, град у средњем току Еуфрата, под заштитом бога Дагана.

[78] Тутул и овај град се налазио у средњем току Еуфрата и такође је, као и Мари, био под заштитом бога Дагана.

[79] Тишпак акадски бог, заштитник града Ешнуне.

[80] Ниназу сумерски бог подземног света и бог излечења, син Енлила.

[81] Еулмаш храм посвећен богињи Иштар у Акаду.

[82] Акад престоница Саргона И, у северној Месопотамији.

[83] Ашур ће касније постати првобитна престоница Асираца, од XIV века пре нове ере, када почиње да јача њихова држава, али ће они истим именом назвати и своје највише божанство.

[84] Емесмес храм богиње Иштар у Ниниви.

[85] Нинива данашњи Мосул, асирски град и престоница Асирије од VIII века пре нове ере, прослављена у време цара Асурбанипала који је у њој образовао прву библиотеку на свету.

[86] Суму ла Ел Суму ла илу, Сумулаел, владар Прве вавилонске династије.

[87] Син мубалит Хамурабијев отац, пети владар Прве вавилонске династије.

ном, чији зраци обасјавају земље Сумера и Акада, владар који покорним држи све четири стране света, одабрани богиње Иштар ја сам.

(V 14 –24) Када је Мардук заповедио да праведношћу натерам људе да се долично опходе, ја утемељих истину и правду широм земље, и (тиме) увеличах благостање свог народа.

(V 25) Од тог доба:

(*Закони*)

(V 26 – 32) (чл. 1) Ако[88] човек[89] оптужи другог човека за убиство, али оптужбу своју не може да докаже,[90] ко је тужио да се убије.[91]

---

88 Све одредбе у законику формулисане су тако да почињу кондициона лом *šumma (awilum...) ако (човек...)*. Тај је образац формулисања прописа увео још Ур Намуов законик и поштовали су га и прихватили сви потоњи законици Месопотамије. О овој и другим карактеристикама древних законика више Алберт Вајс, „Неке карактеристике старих кодекса“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/1969, 137 153; Émile Szlechter, „Les anciennes codifications en Mésopotamie“, *Revue internationale des droits de l'antiquité* 4/1957, 73 92; Herbert Petschow, „Zur Systematik und Gesetzestehnick im Codex Hammurabi“, *Zeitschrift für Assyriologie* 57/1965, 146 172.

89 Реч *човек* у Хамурабијевом законику односи се на припаднике вишег слоја вавилонског друштва *авилуме,* и законик се њима обраћа (*šumma awilum ако чо век*...). Уколико се неки члан или део члана односе на друге категорије становништва (нпр. на нижу категорију слободног становништва *мушкену*, или на робове *вар думе*), законик то изричито наглашава. Сходно времену у коме је настао разумљиво је што је законик окренут вишем слоју друштва и што његове одредбе карактерише правна неједнакост.

90 О доказивању у Месопотамији више Georges Boyer, „La preuve dans les anciens Droits du Proche Orient“, *Recueil de la Société Jean Bodin*, t. XVI: „La preuve, les parties, Antiquité“, Bruxelles 1960, 61 87.

91 Хамурабијев законик почиње одредбама које се тичу судског поступка и судства. Тако почињу и најстарији европски законици, Гортински законик и Закон XII таблица. То није случајно. Сви поменути законици, на тај начин, истицали су значај судства, јер је управо од судија зависило у којој мери и којом брзином ће законик допрети у народ и бити примењиван и поштован. О судском поступку и најважнијим кривичним делима у Хамурабијевом законику вид. Émile Szlechter, „La procédure accusatoire en droit suméro babylonien“, *Revue internationale des droits de l'antiquité* 16/1969, 73 102; Russ VerSteeg, *Early Mesopotamian Law*, Durham 2000, 51 65; R. Westbrook, (2003), 366 376. Иначе, у напоменама уз превод, испратиће се уобичајена подела одредаба законика у пет већих целина (1. одредбе о судском поступку, 2. део посвећен својинским и облигационим односима и кривичним делима против имовине, 3. део посвећен браку, породици, наследству и кривичним делима против породице и полног морала, 4. одредбе везане за кривичноправну материју, и 5. део посвећен радним односима). Наравно, има и другачијих подела садржине Хамурабијевог законика, а као илустрација може да послужи подела коју је дао ФерСтиг (*VerSteeg*): 1. Procedure (1 5); 2. Property (6 25); 3. Military (26 41); 4. Land & Agriculture (42 65); 5. Miscellaneous Gap Provisions (29 sections, gap a cc); 6. Principal & Agent (100 112); 7. Debts & Bailment (113 126); 8. Family Law (127

(V 33 – 56) (чл. 2) Ако човек оптужи другог човека за врачање, али нема доказа против њега, онај који је оптужен да се бави врачбинама отићи ће на божји суд Реке,[92] он ће уистину бити подвргнут божјем суду Реке; ако га Река узме, ко га је оптужио узеће његов сав иметак; ако ли Река покаже да је невин и сачува га, онај који му је врачање подметнуо да се убије: онај који се подвргао божјем суду Реке узеће сво имање свог оптужитеља.

(V 57 – 67) (чл. 3) Ако човек иступи и подмукло сведочи оптуживши другог за недело које спада у највећа зверства, али оптужбе своје не може да докаже, такав човек да се убије.

(V 68 – VI 5) (чл. 4) Ако он иступи и (лажно) сведочи о (случају у коме се казна изриче у) брашну или житу, њему ће се одмерити казна у том случају.

(VI 6 – 30) (чл. 5) Ако судија (води спор и) изнесе своју одлуку, донесе пресуду или своје мишљење запечаћено похрани, ако (потом) своју одлуку измени, биће оптужен и осуђен такав судија, јер је већ донету одлуку преиначио, на казну дванаест пута грђу од оне првобитно изречене; а поврх тога, биће отеран са судијске столице и никада више у процесу неће седети са судијама.

(VI 31 – 40) (чл. 6) Ако човек украде драгоцености које припадају боговима[93] или двору, такав човек да се убије, такође и онај који од њега украдене ствари прими да буде убијен.[94]

(VI 41 – 56) (чл. 7) Ако човек буде прибавио[95] сребро, злато, роба, робињу, вола, овцу или магарца, или ма шта друго, од нечијег

195); 9. Personal Injury (196 214); 10. Professional Wages and Liability (215 277); 11. Sale of Sleves (278 282), R. VerSteeg, 33.

92 Божји суд је било једно од ирационалних доказних средстава у многим ар хаичним правима. У Хамурабијевом законику помиње се као Божји суд реке. Опту жени се бацао у Еуфрат. У семитском свету, ако би особа потонула, „ако би је Река узела“, сматрало се да је невина, а уколико би плутала по површини сматрало се да је њена кривица доказана. Међутим, у држави Мари и у Вавилону прихваћен је потпуно супротан став. Наиме, ако би се особа подвргла суду Реке, бацила у реку и одржавала се на површини, ослобађана је сваке оптужбе, а уколико би нестала у води Еуфрата, сматрало се, не само да су Богови доказали њену кривицу, већ и да је казна извршена и правда задовољена. Вид. више Frank Charles Fensham, „Ordeal by battle in the ancient Near East and the Old Testament“, *Studi in onore di Edoardo Volterra,* VI, Milano 1971, 127.

93 Тј. храму или светилишту.

94 У другом делу, од 6 до 126 прописа, Хамурабијев законик се углавном бави сложеним питањима везаним за имовинске односе, стварним и облигационим правом, али и неким кривичним делима против имовине.

95 Ранији преводи Хамурабијевог законика (Марковић, Вишић, Куртовић, Полић) су на овом месту, без двоумљења, уместо овде искоришћеног глагола *при бавити* употребљавали глагол *купити*. У свом преводу на енглески језик, Марта

сина или нечијег роба, без сведока или уговора, или (какве) ствари прими (од њих) на чување, такав човек је лопов, и да се убије.[96]

(VI 57 – 69) (чл. 8) Ако човек украде вола, овцу, магарца, свињу или чамац, ако они припадају било боговима било двору, платиће тридесетоструко; ако припадају једном *мушкену* накнадиће десетоструко (њихову вредност); ако лопов нема шта да понуди, нека буде убијен.

(VI 70 – VII 47) (чл. 9) Ако човек који тврди да је изгубио неки свој иметак, пронађе га код неког другог човека, али овај код кога је пронађена ствар изјави: „Продавац ми је продао, ја сам је купио од њега у присуству сведока“, а власник изгубљене ствари изјави: „Могу да доведем сведоке који ће потврдити да је то мој изгубљени иметак“, (и онда ако) купац доведе продавца који му је (ствар) продао и сведоке у чијем присуству је платио, а и власник изгубљене ствари предочи сведоке који могу да препознају његов изгубљени иметак – судије нек испитају случај, и ако сведоци у чијем присуству је куповина обављена и сведоци који могу да препознају изгубљену ствар све чињенице које су им познате изрекну пред богом,[97] онда је продавац лопов и нека буде убијен; власник изгубљеног иметка нека узме своје изгубљене ствари, а купац нека од продавчевог имања узме своје сребро које је одвагао и дао. [98]

Рот (*Roth*), на чији се превод у највећој мери ослањамо, употребила је глагол *to purchase*, свесно избегавајући директнији глагол *to buy*. Чини се да то није случајно, јер се у конкретном члану говори о могућој злоупотреби малолетних лица и робо ва, дакле особа са делимичном пословном способношћу, а то се може постићи на више начина: и куповином (када, доводећи невешто лице у заблуду, неко плати мању цену од реалне), али и продајом (када на исти начин, користећи описану ситуацију, неко ствар прода по далеко вишој цени од уобичајене), а све то без уговора или сведока. Такође, може бити речи и о другим правним пословима, нпр. трампи, или позајмици, који могу прибавити корист лицу које тргује са малолетником или ро бом. Имајући у виду чињеницу да Хамурабијево време не познаје суптилни прав нички речник и прецизне дефиниције правничких појмова, чини се да је *прибавити* далеко прикладнији термин од ранијег *купити.* Иначе, још ваља напоменути да из ражена тежња за правичношћу и идеја заштите слабијих толико присутна у овом члану Хамурабијевог законика, представљају можда најважније одлике свих сачу ваних клинописних законика, почевши од Ур Намуовог законика па све до далеко заосталијег Хетитског или Асирског законика.

[96] О специфичним моментима код вавилонске купопродаје и заштити од евикције, више Georges Boyer, „Nature et la formation de la vente dans l’ancien droit babylonien“, *Revue internationale des droits de l’antiquité*, II/1953, 45 85; исти, „Les articles 7 et 12 du Code de Hammurabi“, *Mélanges Georges Boyer*, II, Paris 1965, 15 29.

[97] Тј. заклетвом у храму потврде наводе и једне и друге стране.

[98] Први пут у историји права, колико је до сада познато, у овом члану јавља се идеја одговорности за правне недостатке ствари, односно заштите од евикције, која

(VII 48 – 61) (чл. 10) Ако купац не доведе продавца који му је продао (изгубљену ствар) или не прикаже сведоке пред којима је обављена куповина, а власник изгубљеног иметка доведе своје сведоке који препознају његов изгубљени иметак, онда је купац лопов, и нека буде убијен; власник изгубљене ствари узима свој изгубљени иметак.

(VII 62 – VIII 3) (чл. 11) Ако власник изгубљене ствари не може да пружи сведоке који ће је препознати, он је лажов, он је заиста ширио злонамерне оптужбе и нека буде убијен.

(VIII 4 – 24) (чл. 12) Ако је продавац (у међувремену) отишао за својим усудом,[99] купац ће од продавчевог имања узети петоструко колико је платио.

(VIII 14 – 24) (чл. 13) Ако човек није у могућности да доведе сведоке, судије ће му, продуживши (рок), омогућити да то учини у наредних шест месеци, али ако ни по истеку шест месеци не успе да их приведе, такав човек је лажов, и (нека) он сноси казну предвиђену за тај случај.

(VIII 25 – 29) (чл. 14) Ако човек отме туђе дете, нека буде убијен.

(VIII 30 – 36) (чл. 15) Ако човек омогући дворском робу или дворској робињи, робу или робињи једног мушкену да побегне кроз главну градску капију, нека буде убијен.

(VIII 37 – 48) (чл. 16) Ако човек пружи заклон одбеглом робу или робињи, било да припадају двору или једном мушкену, (скрије их) у својој кући, и не прокаже их када гласник јавно обзнани (њихов нестанак), такав домаћин да се убије.

(VIII 49 – 58) (чл. 17) Ако човек ухвати одбеглог роба или робињу на отвореној земљи,[100] и врати господару, власник роба (или робиње) нека плати два шекела сребра.[101]

је данас присутна у свим развијеним правним системима. Одговорност за правне недостатке ствари подразумева постојање права неког лица које искључује, умањује или ограничава пуноважно стицање ствари од стране неког другог лица купца, док заштита од евикције подразумева право тог другог лица купца на надокнаду штете.

[99] Тј. ако је преминуо.

[100] Мисли се на робове којима нико није пружио уточиште, и који су се сами крили, тражећи скровиште у природи, по шумама, пољима, шикарама...

[101] Вавилонски новац је, заправо, било сребро и све цене су биле изражене у одређеним количинама сребра. Већа јединица била је мина сребра (око 500 g), а мања је била шекел. Једна вавилонска мина садржавала је 60 шекела сребра, док је хетитска мина сребра имала 40 шекела. Занимљиво је да су и у античкој Грчкој биле коришћене поменуте вавилонске мере (једна мина 60 шекела сребра, један талент 60 мина).

(VIII 59 – 67) (чл. 18) Ако роб одбије да открије име свог господара, човек нека га преда двору, који ће га подробно испитати и вратити власнику.[102]

(VIII 68 – IX 4) (чл. 19) Ако (човек) задржи (таквог) роба у свом дому и овај касније буде откривен на његовом имању, такав човек нека буде убијен.

(IX 5 – 13) (чл. 20) Ако роб успе да измакне (из руку) човеку који га је ухватио, тај човек да се закуне богом пред власником роба, и биће ослобођен (сумње).

(IX 14 –21) (чл. 21) Ако човек провали у (туђу) кућу, они[103] нека га убију и обесе га баш на том месту.

(IX 22 – 27) (чл. 22) Ако човек опљачка (неког) и буде ухваћен, нека буде убијен.

(IX 28 – 45) (чл. 23) Ако пљачкаш не буде ухваћен, опљачкани пред богом треба да посведочи колики је губитак претрепео: и насеље и старешина насеља на чијој земљи је пљачка извршена надокнадиће му отето.[104]

(IX 46 – 50) (чл. 24) Ако је (током пљачке недужни човек изгубио) живот, насеље и старешина насеља ће одмерити и његовој родбини дати 60 шекела сребра.

---

[102] Роб ће, вероватно, на двору бити подвргнут тортури да би признао ко му је власник, што имајући у виду обавезни начин давања исказа робова у много каснијем атинском судском поступку, није немогуће претпоставити. За Атину вид. референт но дело Gerhard Thür, *Beweisführung vor den Schwurgerichtshöfen Athens, Die Proklesis zur Basanos*, Wien 1977, а на нашем језику Sima Avramović, „Tortura nad robovima svedocima i sudski postupak u drevnoj Atini“, *Istražne radnje i pomoćna sredstva u sudskim postupcima kroz povijest* (ur. M. Gardaš), Osijek 2010, 1 13. То би значило да Хамураби заправо појединцима брани самовласно узимање правде у своје руке и забрањује слободном човеку да он сам, мимо законите процедуре, мучи роба. То је можда једна у низу мера којима је овај енергични владар покушао да сузбије и ограничи самопомоћ. Такође, ова одредба, овако протумачена, потпуно је у складу са положајем робова у Вавилону који нису били потпуно обесправљени и препуштени на милост и немилост слободним људима.

[103] Они мисли се на судије. То је још једна потврда Хамурабијевог настојања да што доследније спроведе своју борбу против самовлашћа и самопомоћи. Када год Хамурабијев законик буде користио заменицу *они*, то ће се односити на судије.

[104] Један од ретких пренитака давних времена присутан у Хамурабијевом законику је, додуше у веома ограниченом обиму, присуство колективне одговорности, која из разлога правичности, у овом члану замењује индивидуалну одговорност. Ово је само још један доказ у прилог тврдњи да се у оријенталној правној традицији о солидарности и правичности водило много више рачуна него у западној правној традицији. У остале реликте преддржавног уређења које сусрећемо у овом законику могу се убројати и присуство талиона (што такође може имати директне везе са чистом идејом правичности, чак математички изражене у виду потпуне једнакости, која се постиже узвраћањем истом мером) и задржавање самопомоћи.

(IX 51 – 65) (чл. 25) Ако пожар букне у нечијој кући и човек који прискочи у помоћ полакоми се на ствари у тој кући и узме из куће домаћинове ствари, такав човек да се баци у исту ту ватру.

(IX 66 – X 12) (чл. 26) Ако тешко или лако наоружани (*илку*)[105] ратник коме је наложено да иде у ратни поход, не оде, или унајми другог и пошаље најамника као своју замену, такав тешко или лако наоружани ратник да буде убијен; онај ко је дојавио против њега нека преузме сво његово имање.[106]

(X 13 – 29) (чл. 27) Ако тешко или лако наоружани (*илку*) ратник буде заробљен на ратном походу, и ако његово поље и његов воћњак буду дати другоме који је преузео његову обавезу, ако се он (тешко или лако наоружани *илку* војник) врати у своје место, њему нека буду враћени његово поље и његов воћњак и он ће наставити да извршава своје обавезе.

(X 30 – 40) (чл. 28) Ако тешко или лако наоружани (*илку*) ратник буде заробљен на ратном походу, а његов син је дорастао да преузме очеву дужност, поље и воћњак нека буду додељени њему и он ће извршавати очеву обавезу.

(X 41 – 50) (чл. 29) Ако је његов син премлад и још не може да преузме очеву дужност, једна трећина поља и воћњака нека се додели његовој мајци, и његова мајка ће га одгојити.

(X 51 – XI 4) (чл. 30) Ако тешко или лако наоружани (*илку*) ратник запусти своје поље, воћњак или кућу због својих војних дужности и потом му се изгуби траг, а други неко преузме његово поље, воћњак, или кућу и успе га да задржи и да обавља његове дужности три године – ако се тада онај врати и затражи (натраг) своје поље, воћњак или кућу, да му не буде дато: онај ко је преузео имање и вршио своју дужност наставиће да је обавља и (задржаће имање).[107]

(XI 5 – 12) (чл. 31) Ако га није било само годину дана и онда се врати, његово поље, воћњак и кућа биће му враћени, и он ће наставити да обавља своју дужност.

[105] Илку ратници су од владара за вршење војне службе добијали земљишни посед (*илку*) којим су управљали све док би трајала њихова служба. Илку посед се могао наследити само ако би син илку ратника преузео очев позив.

[106] Чл. 44 говори о једном од најтежих кривичних дела у свакој држави издаји, која се по правилу кажњавала смртном казном. Међутим, у иначе далеко заосталијем, али и млађем, Хетитском законику, наилазимо на одредбу сличне диспозиције, али се тамо такав случај, да човек избегне војну обавезу тиме што пошаље замену најамника, није сматрао издајом и није повлачио за собом никакву казну.

[107] Овим чланом Хамураби уводи идеју коју је знатно касније римско право дефинисало појмом одржај (*usucapio*), као основ стицања апсолутних права и одређује рок од три године. То је приближно роковима одржаја из каснијих развијених правних система (који се ослањају на римски *usucapio*).

(XI 13 – 38) (чл. 32) Ако тешко или лако наоружаног (*илку*) ратника који је заробљен на ратном походу, *дамкар*[108] избави (плативши откуп за њега) и врати га (живог) у град, ако има довољно свог (личног) иметка, сам ће платити откуп; ако није довољно имућан да сам (накнади) откупнину, платиће храм његовог града; ако ни храм нема довољно средстава да га откупи, двор ће платити; али његово поље, воћњак или кућа нека се не дају за откуп.

(XI 39 – 50) (чл. 33) Ако војни заповедник или његов помоћник (док окупљају војску) изузме од обавезе неког и прихвати и поведе замену[109] у ратни поход, такав заповедник или помоћник нека буде убијен.[110]

(XI 51 – 64) (чл. 34) Ако војни заповедник или његов помоћник одузму штогод из куће војника, ако га тлаче и (понижавају), ако га дају у најам, ако га предају моћном у судском процесу, или ако заплене поклон који му је владар дао, такав војни заповедник или његов помоћник нека буде убијен.

(XI 65 – XII 4) (чл. 35) Ако човек буде купио од (*илку*) војника било говеда, овце или козе које му је краљ доделио, он ће изгубити своје сребро.[111]

(XII 5 – XII 9) (чл. 36) (Поред тога) поље, воћњак, ни кућа тешко или лако наоружаног (*илку*) ратника или државног закупца да није на продају.

(XII 10 – 21) (чл. 37) Ако човек буде купио поље, воћњак, или кућу од тешко или лако наоружаног (*илку*) ратника, или од државног закупца, његова плочица биће безвредна (и да се разбије)[112] и он ће изгубити своје сребро; поље, воћњак или кућа да се врати власнику.

(XII 22 – 30) (чл. 38) (Поред тога) тешко или лако наоружани (*илку*) ратник, или државни закупац нека исправом не преписује жени или ћерки ни део поља, воћњака или куће (које је добио) за вршење својих обавеза, нити то може учинити да би намирио неки неподмирени дуг.

---

[108] Рот га преводи са *merchant*, али чини се упутније оставити изворну реч *дамкар.* Наиме, дамкари су припадали највишем слоју вавилонског друштва, били су банкари, чак и државни трговачки путници, али и више од тога. Били су укључени и у дипломатске активности и, судећи баш према овом члану, били су и цареви изасланици са специјалним пуномоћјем да у његово име откупљују авилуме из заробљеништва сопственим средствима, а потом би им се, по повратку у Вави лон, учињени трошкови рефундирали.

[109] Тј. најамника.

[110] Још један члан који говори о издаји, чему се очигледно поклањала особита пажња.

[111] Изгубиће свој новац, јер предмети који су саставни део илку поседа нису у промету.

[112] Његов уговор ће бити неважећи.

(XII 31 – 38) (чл. 39) Он може да исправом препише жени или ћерки или да дајући намири неки неподмирени дуг, само поље, воћњак, или кућу које је сам стекао и прибавио.[113]

(XII 39 – 48) (чл. 40) (Међутим), велика посвећеница,[114] дамкар, или ма који држалац поља[115] који има своје посебне дужности, може да прода своје поље, воћњак или кућу; купац преузима обавезу коју поље, воћњак или кућа носи са собом.

(XII 49 – 62) (чл. 41) Ако човек трампом добије поље, воћњак или кућу тешко или лако наоружаног (*илку*) ратника или државног закупца и приде дода сребра због разлике (у вредности), тешко или лако наоружани (*илку*) ратник да узме натраг своје поље, воћњак или кућу, и нека задржи (сребро) које је му је дато.

(XII 63 – XIII 5) (чл. 42) Ако човек закупи поље, али на њему не засеје жито, они нека га оптуже и осуде зато што није обавио потребан рад на пољу, и нека му се одреди да власнику поља накнади жито према уроду који је донела суседова жетва.[116]

113 Законик јасно разликује својину као апсолутну власт над ствари (како би данас рекли правници), која укључује као овлашћење не само употребу и прибирање плодова, већ и отуђење (чл. 39), као и (несметану) државину, код које могућност отуђења не припада држаоцу, већ искључиво власнику ствари (чл.35 38).

114 Израз *надиту* којим се означава посвећеница односио се, према мишљењу већине старијих аутора, на жене које су се бавиле светом (религиозном) проституцијом. Међутим, новија истраживања (*Jeyes, Assante, Henshaw, Stuckey*) показују да су надиту биле жене високог друштвеног статуса (у Сипару су оне не ретко биле краљевског и аристократског порекла), посвећене храму, а углавном су морале да воде рачуна о својој честитости, и нема доказа који би њихове дужности повезивале са обредним сексом. С обзиром на чињеницу да је у Старом вавилонском царству постојала хијерархија посвећеница и различити називи за њих (вид. на при мер, чл. 110), надиту се, чини се, најприближније преводи са „велика посвећеница". Више о *надиту* и другим врстама посвећеница у Месопотамији Rivkah Harris, „The *Naditu* laws of the Code of Hammurapi in praxis", *Orientalia* 30/1961, 164 169; исти, „The organization and administration of the cloister in ancient Babylonia", *Journal of the Economic and Social History of the Orient* 6, 2/1963, 121 157; Ulla Jeyes, „The *Naditu* Women of Sippar", *Images of Women in Antiquity* (eds. A. Cameron, A. Kuhrt), London 1993, 260 273; Richard A. Henshaw, *Female & Male, the Cultic Personnel: The Bible and the Rest of the Ancient Near East*, Pickwick 1994; Julia Assante, „The kar.kid/ *[kh]aramtu*, Prostitute or Single Woman? A Reconsideration of the Evidence", *Ugarit Forchungen* 30/1998, 5 96; Hennie J. Marsman, *Women in Ugarit and Israel: Their So cial and Religious Position in the Context of the Ancient Near East*, Leiden 2003; Johanna H. Stuckey, „Ancient Mother Goddesses and Fertility Cults", *Journal of the Association for Research on Mothering*, 7, 1/2005, 32 44; иста, „Sacred Prostitutes", *MatriFocus* 5, 1/2005, *http://www.matrifocus.com./SAM05/spotlight.htm*; Joan Goodnick Westenholz, „Tamar, Qadesa, Qadistu, and Sacred Prostitution in Mesopotamia", *The Harvard Theo logical Review*, 82, 3/1989, 245 265.

115 Односи се на имање које је држава доделила појединим лицима за вршење одређене службе.

116 Закупац ће бити осуђен на основу објективне одговорности, односно није била потребна кривица закупца, него је било довољно само постојање узрочно

(XIII 6 – 16) (чл. 43) Ако он не обрађује поље и остави га запуштеног, нека власнику поља накнади жито према уроду који је донела суседова жетва, и нека узоре и издрља поље које је запустио и нека га врати власнику.

(XIII 17 – 34) (чл. 44) Ако човек закупи претходно запуштено поље на три године са намером да га уподоби за обраду, али буде немаран и не оспособи га, у четвртој години ће га узорати, окопати, издрљати и вратити власнику; и преко тога, одвагаће и предаће му 3000 сила[117] жита на сваких 18 икуа[118] (поља).

(XIII 35 – 46) (чл. 45) Ако човек преда своје поље закупцу и прими закупнину за своје поље, ако затим бог олује Адад опустоши поље или бујица однесе летину, губитак је само закупчев.

(XIII 47 – 57) (чл. 46) Ако он (власник поља) не прими закупнину (пре непогоде која ће уништити његово поље) или да поље у закуп погодивши се за половину или трећину (летине), обрађивач и власник ће поделити што год се од жита сачува у договореним уделима.

(XIII 58 – 70) (чл. 47) Ако наполичар објави да има намеру да обрађује поље (још годину дана), јер у претходној години није покрио учињене трошкове, власник поља да не приговара; исти (човек) обрађиваће његово поље, а он нека узме (свој удео) жита по жетви како је уговором решено.

(XIII 71 – XIV 17) (чл. 48) Ако човек има доспели дуг (због чега је оптужен), и бог олује Адад опустоши поље, или бујица однесе летину, или због суше не роди жито, за ту годину он неће дати жито власнику дуга; за ту годину нека се дуг отпише из таблице, и нека ни камате не даје за ту годину.

(XIV 18 – 44) (чл. 49) Ако човек узајми сребро од дамкара и препусти му поље спремно за сетву жита или сусама[119] (у залог за свој

последичне везе између закупчеве радње и штете која је настала, која је у овом случају очигледна. У погледу закупчеве радње, у Хамурабијевом законику се први пут јавља идеја да деликт или штета могу настати услед нечињења, а не само услед одређеног недозвољеног чињења. Поред овог члана, накнада штете настале услед нечињења помиње се и у још неколико чланова, нпр. чл. 43, 44, 53 и 251. О одговор ности у Хамурабијевом законику, вид. Pierre S. J. Maon, „Notes sur la responsabilité dans le Code Hammurabi“, *Studi in onore di Edoardo Volterra,* VI*,* Milano, 1971, 491 527.

[117] *Сила* *qu*, мера за запремину, једна сила отприлике одговара једном литру, а у њу стаје 60 шекела. У члану поменутих 3000 сила је 50 *барига* (барига је око 60 литара), односно 10 *кура* (кур износи око 300 литара) жита.

[118] *Ику* је месопотамска мера за површину, и она износи око 3600m^2, тј. око 0,36 ha. У члану поменутих 18 икуа чине један *бур,* који износи око 6,5 ha. Значи да ће несавесни закупац на сваких 6,5 ha поља морати да исплати накнаду од 3000 литара жита.

[119] Рот напомиње да је можда реч о лану, а не о сусаму,

дуг) и каже му: „Ти обрађуј поље, прикупи и узми све што роди", ако онда обрађивач узгоји било жито било сусам на том пољу, у време жетве власник поља нека узме (сав) род жита или сусама, и нека одмери трговцу жита у вредности добијеног сребра, и нека урачуна камату и трошкове обраде поља.[120]

(XIV 45 – 55) (чл. 50) Ако он (дамкару у залог за свој дуг) препусти поље које је већ преорано и засејано било житом било сусамом, (о жетви) само ће власник узети (сав) род жита или сусама и одмериће вредност дуга и камате и дати дамкару.

(XIV 56 – 66) (чл. 51) Ако нема да врати сребро, нека дамкару, у складу са царском одлуком, одмери било жито било сусам у пијачној вредности сребра и камате.

(XV 1 – 6) (чл. 52) Ако обрађивач не буде узгојио жито или сусам на пољу, то нека не промени његов уговор.

(XV 7 – 20) (чл. 53) Ако је човек немаран у одржавању свог насипа који штити његово поље и занемари га, и онда настане отвор кроз који вода покуља и однесе (наводњавањем створено) заједничко плодно тле, човек на чијем је насипу настао отвор да накнади (суседима) жито чији је губитак проузроковао.

(XV 21 – 30) (чл. 54) Ако не може да накнади жито, они ће га продати заједно са имањем, и они чија је земља поплављена и (чије) жито је однела бујица нека деле (добијено).

(XV 31 – 38) (чл. 55) Ако човек спроведе (у своје поље) канал за наводњавање и немарно допусти да вода однесе суседово поље, нека одмери и преда (онолико) жита (колико) одговара суседовом (уобичајеном) уроду.

(XV 39 – 45) (чл. 56) Ако човек отвори (запреку и пусти) воду и она однесе све што је на суседовом пољу одрађено, он нека одмери и преда 3000 сила за сваких 18 икуа (поља).

(XV 46 – 64) (чл. 57) Ако пастир не постигне договор са власником поља да (тамо) напаса своје овце и козе, и без дозволе власника поља пусти овце и козе на испашу, власник поља ће пожњети своје

[120] Овај члан показује колико је залагање непокретности у Старом вавилон ском царству било повољније по дужника и самим тим напредније и ближе савре меним решењима, него што су то били првобитни облици залагања непокретности у старој Грчкој (*prasis epy lysei*) и старом Риму (фидуција, *pignus*), код којих је својина на заложеној ствари прелазила на повериоце. У Вавилону својина на непокретно сти ниједног тренутка не прелази на повериоца (зајмодавца) и Хамурабијев законик управо на томе инсистира. Он чак не дозвољава повериоцу да он сам скупља летину, имајући у виду могућност да он може да присвоји више него што му припада или да може да умањи приход од жетве. Због тога Хамураби повериоцу препушта обраду и коришћења поља (*usus*), али му не даје ни право отуђења (*abusus*), али ни право прибирања плодова (*ususfructus*), већ само право да намири своја потраживања.

поље, а пастир који је напасао овце и козе без дозволе власника поља нека му преко тога да 6000 сила жита за сваких 18 икуа (поља).[121]

(XV 65 – XVI 3) (чл. 58) Ако овце и козе, које напусте заједничко наводњавано земљиште када заставице обзнане завршетак испаше вијорећи се око главне градске капије, пастир пусти у поље и дозволи им да обрсте поље, (тај) пастир нека буде чувар (тог) поља и по жетви нека одмери и преда власнику поља 18.000 сила жита за сваких 18 икуа поља.[122]

(XVI 4 – 9) (чл. 59) Ако човек обори палму урме у туђем воћњаку без дозволе власника воћњака, нека одмери и преда 30 шекела сребра.

(XVI 10 – 26) (чл. 60) Ако човек да поље баштовану да на њему засади урме и баштован подигне воћњак, он ће га неговати четири године; пете године, власник воћњака и баштован нека поделе урод на једнаке делове; власник воћњака нека бира и своју половину узме први.

(XVI 27 – 33) (чл. 61) Ако баштован не доврши засад (воћњака) на пољу, и остави један део неискоришћен, нека буде урачунат у његов удео.

(XVI 34 – 47) (чл. 62) Ако не посади урме на пољу које му је дато, ако је то плодно обрадиво земљиште, баштован нека одмери и преда власнику поља (сребра у вредности) предвиђеног урода за сваку годину у којој је (поље) остављено необрађено према суседовом уроду; преко тога, нека обави све потребне послове на пољу и врати га власнику.[123]

(XVI 48 – 57) (чл. 63) Ако је то необрађено земљиште, он нека обави потребне радове на пољу и врати га власнику, и нека (му) преко тога одмери и преда 3000 сила жита за сваких 18 икуа поља за сваку годину.

(XVI 58 – 70) (чл. 64) Ако човек уступи свој воћњак (засађен урмама) баштовану на опрашивање, докле год баштован буде држао воћњак, нека власнику воћњака даје две трећине урода, а он нека се задовољи трећином.

(XVI 71 – XVII 1) (чл. 65) Ако баштован не опрашује (палме урми које чине) воћњак и тако упропасти урод, баштован нека одмери и преда власнику воћњака (сребра у вредности) урода у складу са приносом суседовог воћњака.

[121] То чини око 6 тона жита за сваких 6,5 ha земљишта.

[122] Око 18 тона жита за сваких 6,5 ha земљишта.

[123] О својини у Вавилону више Guillaume Cardascia, „Le concept babylonien de la propriété“, *Revue internationale des droits de l'antiquité* 6/1959, 19 32.

(P ii 1 – 18; Q iii 1 – 27) (недостајући члан a)[124] Ако човек узајми сребро од дамкара и његов дамкар га сили да му плати, а он нема чиме да му врати (дуг), и уместо тога му уступи воћњак по опрашивању и каже му: „Узми све урме које роде у воћњаку за отплату свог сребра", дамкар да се не сложи; власник сам нека обере узреле урме из свог воћњака, нека задовољи дамкара сребром и каматом у складу са одредбама уговора, и нека само власнику припадне вишак урми из његовог воћњака.

(P ii 19 – 23) (недостајући члан b) Ако човек намерава да гради кућу и његов сусед...

(P i 1– 6 и B 1 – 8; Q iv 1 – 15) (недостајући члан c) [Ако...] му он не да [...] по цени; ако намерава да житом, сребром, или чим другим прибави жељену кућу која је оптерећена службом[125] и припада суседовом имању, он ће изгубити све што буде дао; кућа нека буде враћена власнику. Ако та кућа није оптерећена службом, он ће моћи да је купи; нека да жито, сребро или шта друго за ту кућу.

(Q iv 16 – 21) (недостајући члан d) Ако човек ради на суседовом необрађеном земљишту без суседовог допуштења, у кући [...] његов сусед [...]

(P iii 1 – 9; R i 1 – 12) (недостајући члан e) [Ако ... човек] упозори [власника трошне куће]: „Ојачај свој урушени зид; они могу да прескоче преко твог зида и преко твоје куће провале у моју", или ако (затражи од) власника запуштеног плота: „Поради на свом запуштеном плоту; они могу да провале у моју кућу преко твог запуштеног плота", и обезбеди сведоке – ако лопов [провали] прескачући трошни зид, нека му власник [трошне куће накнади све што је изгубљено] ускакањем; ако [лопов провали кроз отвор на запуштеном плоту], власник [запуштеног плота] нека му накнади све [што је изгубљено...]; ако [...]

(R ii 1 – 4) (недостајући члан f) [Ако...] кућа [...]

(P ii 1 – 18; R ii 5 – 13) (недостајући члан g) Ако [човек изда кућу ... и] ако му закупац плати пун износ сребра за годишњи најам, а онда власник куће нареди закупцу да напусти кућу пре истека пуног

[124] С оригиналног текста Ханурабијевог законика, тј. стеле која се чува у Лув ру, тешко је оштећен (избрисан) део текста који обухвата чланове 66 99. Одређени чланови су захваљујући пронађеним преписима реконструисани, али, пошто им се не може утврдити тачан редослед, у преводу Марте Рот, којим се поглавито служи мо, не наводи се број члана, већ само слово као ознака члана, после чега следи део или потпуни текст недостајућег члана. У првој загради наведена је ознака извора на основу кога је извршена реконструкција

[125] Значи да је кућа добијена под раскидним условом да њен држалац обавља одређену врсту службе за владара који му је кућу доделио (најчешће се ради о војничком, илку поседу) и, самим тим, кућа није у промету и не може се отуђити.

рока закупа, нека власник куће, зато што је истерао закупца из своје куће пре истека пуног рока закупа, изгуби сребро које му је закупац дао.

(T i 3 – 15) (недостајући члан h) [Ако] закупац намерава да купи [кућу једног мушкена...] обавезе (које проистичу) из закупа нека подмири, да би могао да прибави кућу једног мушкена, [...] које ће положити [...] нека их положи [...]; ако је ван земље [...] једног мушкена; ако не прибави (кућу) [нека изгуби сребро које је] узео и [нека кућа мушкена буде враћена] њеном власнику.

(T i 16 – ?) (недостајући чланови i, j, k) [...]

(T i ? – ii 5) (недостајући члан l) [Ако човек узајми сребро...] нека му одмери и врати сребро са каматом по жетви; ако нема ништа да врати, [нека му преда] ма шта од свог имања, ма коју робу или жито; ако има да врати, [...]

(T ii 6 – 13) (недостајући члан m) Ако дамкар који за [...] ... за пет шекела сребра [...] не изда му запечаћену таблицу [...] ... син тог човека... онај... нека га они убију.

(T ii 14 – 18) (недостајући члан n) Ако роб неког човека [...] он нека одмери и преда 20 шекела сребра, и нека тај роб [...] доврши... нека буде убијен.

(T ii 19 – 26) (недостајући члан o) [Ако] човек [...] другог човека [...] сребра [...]

(T ii 27 – iii 5) (недостајући чланови p, q) [...]

(T iii 6 – 23) (недостајући члан r) [Ако...] да би [...] наднице [...] сребра [...]; ако тај човек који [...] не буде [...] нека изгуби сребро које је дао.

(S i 1 – 3; T iii 24 – 34) (недостајући члан s) Ако било роб било [робиња ... они нека га врате његовом] господару; ако [...] га претуче, они нека га не враћају његовом [господару].

(S i 4 – 12; T iii 35 – 40) (недостајући члан t) Ако дамкар да жито или сребро на зајам који вуче камату, нека узме 100 сила жита за кур као камату; ако да сребро на зајам који вуче камату, нека узме по 36 зрна јечма за сваки шекел сребра као камату.[126]

(S i 14 – 27; T iii 41 – iv 7) (недостајући члан u) Ако човек који је узео зајам са каматом нема сребра којим би исплатио дуг, он (дамкар) нека узме жито и сребро у складу са царском одлуком и камату која

[126] То значи да је камата за жито (продуктивни зајам) била већа и износила је 33%, док је камата за сребро (потрошни зајам) била нижа и износила је 20 %. Исте каматне стопе прописивао је и Ешнунски законик. Видети и W. F. Leemans., „The Rate of Interest in Old Babylonian Times“, *Revue internatonale des droits de l’antiquité* 5/1950, 7 34.

за годину износи 60 сила за један кур;[127] ако дамкар покуша да повећа камату (за сребро) [поистовећујући је са каматом за жито која износи 100 сила жита] за један кур,[128] [или на било који износ преко] 36 зрна јечма [за један шекел], нека изгуби све што је дао.

(S i 29 – 35; T iv 8 – 19) (недостајући члан v) Ако дамкар да жито или сребро под камату и онда узме [...] жито или сребро као камату у складу са његовом главницом, [...] жито или сребро, његову главницу и камату [...], таблица која [носи његов дуг да се разбије].

(S ii 1 – 8; T iv 20 – 39) (недостајући члан w) Ако дамкар [...] узме [...] камату и [...], потом не одузме што му буде исплаћено било у житу [било у сребру] колико год да [добије, или] не напише нову (преправљену) таблицу, или камату придода главници, такав дамкар нека врати двоструко жита колико је примио.[129]

(S ii 10 – 21) (недостајући члан x) Ако дамкар да жито или сребро на зајам који вуче камату и када даје зајам укида на мери дајући мање тежине, а када га прима исплату он прихвата веће мере сребра или жита, [такав дамкар] нека изгуби [све што је дао].

(S ii 23 – 28) (недостајући члан y) Ако [дамкар] да [...] у зајам који вуче камату, [...] нека изгуби све што је дао.

(P rev. i 1–13; S ii 30 – 40) (недостајући члан z) Ако човек узајми жито или сребро од дамкара и (потом) нема ни жита ни сребра којим би отплатио дуг, али има друга добра, он ће у присуству сведока дати дамкару шта год му се нађе при руци, у износима чија вредност одговара размени; дамкар да не приговори; нека то прихвати.

(T rev. i 1 – 3) (недостајући члан aa) [Ако човек...] жели [...]

(S iii 1) (недостајаћи члан bb) [Ако ...] нека буде убијен.

(S iii 3 – 7) (недостајући члан cc) Ако човек да сребро другом човеку као улог у њихов ортачки ризични подухват, пред боговима нека деле на равне части било добит било губитак.

(Рад ће се наставити у наредном броју часописа)

[127] Што, с обзиром на однос мерних јединица, представља 20 %.

[128] Тј. 33%.

[129] Дамкар који буде примљене исплате рачунао као отплату камате, а није их урачунавао као отплату главнице па стога није издао нову таблицу са умањеним износом главнице, или преостале износе камата додаје главници, мораће да врати двоструко колико је примио.

Dr. Vojislav Stanimirović

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

A NEW INSIGHT ON THE CODE OF HAMMURABI (I)

Summary

This paper offers the first complete translation of the Code of Hammurabi into Serbian, including about thirty reconstructed damaged norms of the original stella text (66–99), mainly following Martha Roth's edition. It also contains the author's comprehensive comments to the provisions of the Code, and his reflections on the most important inovations introduced by this Babylonian legal scripture. The author tries to perceive and analyze the complex nature of the Code from a new angle. The author calls attention to the unique blending of customs and law in the Code, as two substantially different sources of law. He stresses out the specific nature of the Code, which lies somewhere between the code in the full meaning of the word and a collection of judgements, as well as the substantial changes that were brought by the Code in the field of „social policy" of the time. All of this may clearly show how much the contemporary legal culture owes to the Summerian-Acadian legal tradition, represented by this Code at its best and to the fullest extent possible.

Key words: *Code of Hammurabi (Serbian translation). – Sources of law. – Law and Custom. – Babylon. – Summerian-Acadian legal tradition*.

УДК 34(354)

Др Марко Ђурђевић*

НАГРАДНИ ПОКЛОН

У овом раду први пут се у домаћој правној теорији целовито анализира наградни поклон. Полазна теза рада је да је наградни поклон награда коју је једно лице дало другом за радњу или услугу која му је користила. Аутор одвојено анализира награду дату за радњу или услугу која је непороцењива у новцу и награду дату за услугу која има тржишну вредност. Закључак првог дела је да је награда за новчано непроцењиву радњу или услугу увек наградни поклон, а да награда за услугу која има тржишну вредност може бити наградни поклон само уколико између извршиоца и корисника услуге није постојао облигационоправни однос на основу кога би извршилац услуге имао право да тужбом захтева награду или какву другу накнаду. У другом делу рада испитан је значај величине поклона за појам наградног поклона, с обзиром на то да је наградни поклон изузет од примене општих правила Закона о облигационим односима о побијању доброчиних располагања, ако је сразмеран имовинским приликама поклонодавца. Закључак овога дела је да за појам наградног поклона није битна његова величина. Наиме, наградни поклон не може бити побијан Паулијанском тужбом, ако је сразмеран имовинским приликама поклонодавца, због тога што не угрожава интересе поклонодавчевих поверилаца заштићене овим правилима, а не зато што није поклон. Насупот томе, наградни поклон сразмеран имовинским приликама поклонодавца, подлеже, као и обичан поклон, свим правилима која важе за побијање бесплатних располагања, због тога што се таквим поклоном оштећују интереси поклонодавчевих поверилаца.

Кључне речи: *Поклон. Награда. Наградни поклон.*

1. УВОД

Према српском Грађанском законику из 1844. године, чија правна правила о поклону се на основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *markodj@ius.bg.ac.rs*.

непријатељске окупације[1] примењују на овај уговор, „поклон бива, кад ко добровољно другоме што да, неиштући нити примајући икакве за то наплате“.[2] Поклон је добровољно давање, подразумева да поклонодавац даје спонтано, од своје воље, да има вољу да дâ и вољу да за дато не тражи („не иска“), нити прими накнаду („наплату“). У законској дефиницији није поменуто осиромашење поклонодавца и обогаћење поклонопримца о коме се, као објективном елементу поклона, говори у правној књижевности приликом одређивања његовог појма.[3] То ипак не значи да је творац Грађанског законика под давањем имао у виду пуку физичку предају, просту традицију, лишену правне суштине. Напротив. Давање је акт воље која је изјављена свесно и с намером да у сагласности са вољом поклонопримца произведе имовинскоправне последице. Оно што је дато на основу уговора о поклону бесповратно прелази из имовине поклонодавца у имовину поклонопримца. Пошто поклонопримац не даје ништа за узврат, резултат давања је смањење имовине поклонодавца и увећање имовине поклонопримца. Отуд, добровољност поклона означава да га поклонодавац даје вољан да смањи своју имовину и вољан да за дато не тражи нити прими накнаду.

Грађански законик је дефинисао поклон, одредио ко има способност да га дâ, а ко да га прими, поставио формалне захтеве за важност уговора, предвидео разлоге због којих може бити побијан, утврдио принцип да је поклон неопозив и установио изузетке од тог принципа. О различитим модалитетима у којима се појављивао још од римског права, попут поклона са теретом (*donatio sub modo*), наградног поклона (*donatio remuneratoria*), узајамног поклона (*donatio reciproca*), мешовитог поклона *(donatio mixta cum negotione*) или поклона за случај смрти (*donatio mortis causa*) [4] није рекао ни речи. У доктрини, ови појмови су формирани под утицајем најпре аустријске, а потом и француске правне теорије и сврстани у категорију особених или посебних врста поклона.[5]

---

[1] *Службени лист ФНРЈ*, бр. 86/46.

[2] *Грађански законик Краљевине Србије*, §561 (цит. према Лазар Марковић, *Грађански законик Краљевине Србије са кратким објашњењима,* Београд 1921).

[3] Живојин Перић, *Облигационо (тражбено право), Други део, О уговорима*, Београд 1934, 3; Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1986, 602.

[4] Антун Маленица, *Поклон у римском праву*, Београд 1981; Reinhard Zimmerman, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York 1995, 490 498. Неки модалитети, попут поклона за случај смрти, постојали су још у античком грчком праву (вид. Сима Аврамовић, „Разлике у садржини и правној природи римског тестамента и тзв. легатског тестамента старог грчког права“, *Ана ли Правног факултета у Београду* 1/1987, 10).

[5] Андра Ђорђевић, *Систем приватног (грађанског) права Краљевине Србије у вези с међународним приватним правом, прва књига: општи део (друга полови*

Посебни поклони одступају од општег појма поклона. Код поклона с теретом или налогом, узајамног и мешовитог поклона, поклонодавац даје с вољом да дâ и да не тражи нити прими накнаду, али има у виду неку имовинску корист коју очекује да ће у будућности остварити од поклонопримчевих поступака. Од поклона у добротворне или општекорисне сврхе поклонодавац понекад очекује да оствари неимовинску, моралну корист, на пример, поправљање свог угледа у средини у којој живи. Код наградног поклона је обрнуто. Поклонодавац га даје зато што има у виду корист коју је у прошлости већ остварио од неког поклонопримчевог чина, радње или услуге.

2. ПОЈАМ НАГРАДНОГ ПОКЛОНА

Наградни поклон је особен по томе што га поклонодавац даје поклонопримцу као награду за његову радњу, држање,[6] или услугу[7] који су му користили. За овај поклон је битно да је поклонопримац бесплатно већ учинио неку радњу или услугу поклонодавцу због које га поклонодавац, на основу њихове сагласности, награђује.[8] Без значаја је, као уосталом за поклон уопште, шта је био мотив поклонодавца,[9] да ли је био покренут жељом да материјално изрази своју захвалност или признање поклонопримцу, или просто, да га награди. Ипак, понегде се наградни поклон разврстава на онај који се „чини из захвалности" и онај који се даје „у име награде". Закон о облигационим односима помиње оба вида, поклон из захвалности и поклон за награду, који назива наградни поклон, у изузетку од општег правила да поверилац има право да побија свако бесплатно располагање дужника предузето на његову штету. Наиме, поклони учињени из захвалности, наградни поклони, као и уобичајени пригодни поклони, не могу се побијати због оштећења поверилаца, ако су сразмерни материјалним могућностима дужника.[10]

на), Београд 1896, 165 169; Борислав Т. Благојевић, *Грађанскоправни (облигациони уговори)*, Београд 1947, 82 83; Богдан Лоза, *Облигационо право II*, *Посебни дио*, Сарајево 2000, 84 86; Мирса Мијачић, *Облигациони уговори*, Београд 1988, 74 75; С. Перовић, 604 608.

[6] Б. Благојевић, 83.

[7] А. Ђорђевић, 165; С. Перовић, 606.

[8] Charles Aubry, Charles Rau, *Droit civil* par Paul Esmein, T. X, Paris 1956[6], 245; Philippe Malaurie, *Les successions, Les libéralités*, Defrenois, Paris 2008[3], 182; Christian Jubault, *Les successions, Les libéralités*, Montchrestien, Paris, 2005, 417.

[9] Ж. Перић, 3; Борис Визнер, *Грађанско право у теорији и пракси*, Ријека 1969, 1106.

[10] Закон о облигационим односима ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, чл. 282.

Израз „наградни поклон“, спој именице поклон и придева наградни, указује да је у питању појам састављен од елемената различитог порекла. Ако је поклон „наградни“, да ли уопште може бити поклон? Награду једно лице плаћа другом зато што му је извршило неки физички или интелектулни рад, уложило труд да би испунило његов налог или отклонило штету која му је претила или му је прибавило корист, итд. Очигледно је да се у тим случајевима не ради о поклону. Да ли је онда наградни поклон, поклон или награда односно накнада за учињену услугу?

Према једном схватању, код наградног поклона постоји *animus remunerandi*,[11] намера да се други награди за услугу која је поклонодавцу користила и она није неспојива са *animus donandi.*[12] Наградни поклон је поклон и поред тога што у њему егзистирају и једна и друга намера. Према другом схватању, поклон за учињену радњу или услугу не мора увек бити поклон, доброчини уговор, већ може бити и теретни правни посао.[13] Делимичну преквалификацију поклона за учињене услуге дозвољава и *Преднацрт Грађанског законика Србије*. У другој књизи *Преднацрта* (*Облигациони односи*), објављеној 2009. године, Комисија за израду грађанског кодекса предложила је решење по коме се поклон за учињене услуге, ако поклоњена ствар има материјалне или правне недостатаке, у погледу ових недостатака сматра теретним правним послом, уколико је вредност учињених услуга већа од вредности поклоњене ствари.[14] Према замисли Комисије, ако поклоњена ствар има физичку ману или правни недостатак, а њена вредност не превазилази вредност услуге која је користила поклонодавцу, наградни поклон добија нека дејства која имају теретни уговори.

Код наградног поклона срећемо се дакле, са сличним проблемом који се појављује и код поклона са теретом или налогом. Поклон са теретом или налогом може, у зависности од конкретних околности, бити доброчини или теретни правни посао. [15] Исто тако ни наградни поклон не мора бити доброчини уговор с обзиром на околно-

---

[11] А. Ђорђевић, 166.

[12] Nathalie Peterka, *Les dons manuels*, L.G.D.J., Paris 2001, 108.

[13] François Terré, Yves Lequette, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Dalloz, Paris 1997^3, 214.

[14] „Поклонодавац не одговара за материјалне, као ни за правне недостатке, поклоњене ствари. Изузетно, поклон за учитњене услуге, као и поклон са теретом или налогом сматра се у погледу ових неодостатака као теретни посао, те поклоно давац одговара за материјалне и правне недостатке поклоњене ствари, али само ако је вредност учињених услуга, терета или налога већа од вредности поклоњене ства ри“ (*Преднацрт Грађанског законика Републике Србије*, друга књига, Облигациони односи, Београд 2009, чл. 670, ст. 1 и ст. 2)

[15] С. Перовић, 604.

сти које су пратиле његово закључење. Зато се поставља питање када је наградни поклон поклон, а када није? Решење овог питања захтева да се пронађе мерило које оправдава његову квалификацију као доброчиног уговора. То мерило би требало тражити у анализи односа између ранијег чина поклонопримца, његове радње односно услуге и давања поклонодавца.[16] Ако се претходно извршена радња или услуга може квалификовати као престација наспрам које се давање друге стране појављује као противпрестација, не би се могло радити о наградном поклону.

Одговор на постављено питање зависи, пре свега, од тога да ли је претходно извршена радња или услуга процењива у новцу или није. Давање извршиоцу радње или услуге за награду нема у оба случаја исти правни значај. Оправдање за такво раздвајање унутар наградног поклона налазимо у оном делу српске правне традиције која је била ослоњена на правила црногорског Општег имовинског законика.

2.1. Наградни поклон за непроцењиву услугу

Некадашњи црногорски Грађански законик је, за разлику од српског, садржао правила о наградном поклону. У његовом шестом делу (*Објашњења*, *одређења*, *допуне*), посвећеном објашњењима и прецизирању његових основних установа и института, ради разграничења онога што поклон јесте од онога што поклон није, било је речено: „Кад ко, благодаран ради какве услуге, дарује нешто услужиоцу, и то ће се сматрати да је дар, ако онај не би могао судом тражити да му се услуга плати".[17] На другом месту, у делу *О куповини и другим главнијим врстама уговора*, у правилима о поклону, Богишићев законик је у погледу могућности опозивања направио разлику између поклона који је био дат ради тога „што је обдареник *спасао живот или знатан дио имања* дародавцу или коме његову" од поклона за *„какву другу услугу* која се обично плаћа или награђује" (курзив М.Ђ.). Поклонодавац није имао право да опозове поклон дат због спашеног живота или знатног дела имања,[18] док је поклон за услугу која се нормално плаћала или награђивала могао

[16] Henri de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge (principes doctrine jurisprudence),* Tome huitième (vol. I), *Les libéralités (généralites), Les donations*, Bruxelles 1962^2, 13.

[17] Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору ОИЗЦГ, чл. 897, Цетиње 1988 (фототипско издање).

[18] Упор. „Ако је дар дан био ради тога што је обдареник спасао живот или знатан део имања дародавцу или коме његову, тад се не може тражити повраћај дара, баш ни у случају претходног чланка [члана 488, напомена М.Ђ]", ОИЗЦГ, чл. 489.

да опозове због неблагодарности поклонопримца. Ипак, у случају опозива он није имао право да добије натраг све што је дао, него је могао да потражује само оно „што превршује обичну награду за такве услуге“.[19]

Дакле, у бившем црногорском праву, давање на име учињене услуге сматрано је поклоном ако извршилац услуге није имао право да судским путем захтева од корисника услуге да му услугу плати. Поклон се појављивао у два вида, као поклон због „спашавања живота и знатног дела имања“ и као поклон дат за неку „другу услугу“. Друге услуге биле су оне које се обично плаћају или награђују. То су оне које имају објективну тржишну вредност, чија корисност може бити измерена и изражена новчаним еквивалентом, које су процењиве. Од њих се разликовало спашавање живота и спашавање знатног дела имања. Они су третирани као тржишно, новчано, непроцњиве услуге. Оно што је било дато за услугу која је била нормално наградива или наплатива, другим речима новчано процењива, третирано је као поклон само ако је вредност награде превазилазила тржишну вредност услуге. У том случају, поклон је била разлика између вредности ствари дате на поклон и вредности услуге.

Из ових правила произлази да треба разликовати награду дату због услуге која је непроцењива од награде за услугу која је процењива у новцу. Извршилац непроцењиве услуге не може имати право да захтева да му она буде плаћена, јер корисник такве услуге нема имовински изразив и новчано измерив дуг према њему, цивилну облигацију која је утужива и принудно наплатива. Облигација може имати за предмет само новачно изразиву имовинску вредност.[20] Зато је наградни поклон свагда доброчини правни посао – поклон кад је дат за (новчано) непроцењиву услугу.

Ипак, то што лице коме је учињена непроцењива услуга нема цивилни дуг, не значи да нема никакав дуг. Оно редовно осећа захвалност према лицу које му је услугу учинило и дужност да захвалност изрази материјално, дајући му макар и неадекватну награду. Отуда је наградни поклон за новчано непроцењиву услугу поклон којим се изражава захвалност, поклон из захвалности,[21] о коме Закон о обли-

---

19 Упор. „Ако ли је дар за какву другу услугу која се обично плаћа или награђује, тад се може натраг искати само оно што превршује обичну награду за такве услуге“, ОИЗЦГ, чл. 489 *in fine*.

20 Јожеф Салма, *Облигационо право*, Нови Сад 2009, 72.

21 Упор. „Дарови учињени из захвалности, најзад обухватају оне радње дуж никове којима он испуњава неку своју чисто моралну обавезу, као што је давање на граде спасиоцу свог живота или живота чланова своје породице, спасиоцу имовине, лекару за успешно обављено лечење и сл.“, Божидар Марковић, *Коментар Закона о облигационим односима* (гл. уред. С. Перовић), Београд 1995, 663.

гационим односима говори у изузетку од општих правила о праву повериоца да побија доброчина располагања дужника, стављајући тај појам поред наградног поклона.

2.2. Наградни поклон за процењиву услугу

Правна природа наградног поклона проблематизује се када је неко извршио другоме услугу која има објективну, тржишну вредност. Ако је услуга процењива и наплатива, између извршиоца услуге и лица коме је она користила може постојати облигациони однос из кога би за корисника услуге настало право да захтева да му се услуга плати.

Према становишту које је заступљено у француској и белгијској правној доктрини наградни поклон је доброчини правни посао, ако онај ко је извршио услугу није имао право на тужбу којом би захтевао награду, а страна којој је услуга користила га је ипак, наградила.[22] Уколико извршилац услуге има право на тужбу, награђивање није поклон. Давање награде у тој ситуацији није добровољно, пошто корисник услуге испуњава једну правну обавезу на чије извршење би могао бити присиљен путем суда. Међутим, чак ни у случају да извршилац услуге нема право на тужбу, наградни поклон није доброчини уговор, ако је на страни корисника услуге постојала природна обавеза да га награди, јер извршење натуралне облигације представља испуњење једног дуга,[23] истина правно непринудног, али добровољно испунивог, а по већинском схватању то је теретни правни акт. [24]

У српској правној науци, приликом оцене да ли је наградни поклон – поклон или теретни правни посао, не узима се у обзир да ли је на страни корисника услуге постојала природна обавеза да награди извршиоца услуге. Да би се наградни поклон сматрао поклоном довољно је да извршилац услуге није имао право да захтева награду, односно да корисник услуге није имао правну обавезу да је дâ. [25] Ово схватање је изгледа, засновано на тумачењу одговарајуће норме о поклону за награду (*Belohnende Schenkung*) из аустријског Грађанског законика.[26] С њим се можемо сложити. Наиме, увођење

[22] Prosper Timbal, *Les donations rémuneratoriés en droit romain et en droit français*, Toulouse 1925, 102; H. de Page, 492.

[23] F. Terré, Y. Lequette, 214.

[24] *Ibid*.

[25] А. Ђорђевић, 165; С. Перовић, 606.

[26] § 940: *Es verändert die Wesenheit der Schenkung nicht, wenn sie aus Erkenntlichkeit; oder in Rücksicht auf die Verdienste des Beschenkten; oder als eine besondere Belohnung desselben gemacht worden ist; nur darf er vorher kein Klagerecht darauf gehabt haben* („Не мења се суштина поклона ако је он учињен ради признања

појма природне обавезе на награђивање приликом оцењивања да ли је давање награде у конкретном случају поклон или није, на коме инсистира француска и белгијска доктрина, веома сужава поље наградног поклона. На другој страни, чини се да би његова примена проширила домен природних обавеза изван граница у којима им српско право признаје правну важност. У доктрини, у складу са основним постулатима теорије о природним обавезама као моралним дужностима, натуралне облигације су схваћене као императивне, објективно прихваћене и општеусвојене моралне дужности.[27] Закон о облигационим односима признаје им значај у правилима о правно неоснованом обогаћењу само када су извршене. Пре него што буду испуњене и изван правила о стицању без основа, за природне обавезе нису везане друге правне последице. Поменута теорија о натуралним облигацијама види у њима правно несанкционисане моралне дужности које, пре него што буду испуњене, не производе никаква правна дејства. Њихово испуњење не може бити судским захтевано, а схватање које искључује наградни поклон у ситуацији у којој постоји природна обавеза на награђивање управо претпоставља да се једној моралној дужности признаје правна важност и пре него што је испуњена.

Према Преднацрту Грађанског законика Србије „уговор о поклону представља и уговор који је закључио поклонодавац из захвалности или неке друге моралне обавезе, ако поклонопримац није имао право да тужбом то захтева“. [28] Предложеним решењем је усвојено схватање о наградном поклону – кога Преднацрт назива уговором „који је закључио поклонодавац из захвалности“. То је схватање које је и до сада постојало у српској правној теорији. Оно подразумева да је наградни поклон – поклон, када извршилац радње или услуге није имао право на тужбу.

Дакле, ако извршилац услуге нема право на тужбу требало би узети да је награђивање за учињену услугу поклон, јер корисник услуге нема цивилну обавезу да му услугу плати. У српском праву постојање природне обавезе да се други награди за услугу не спречава такву квалификацију. Награда дата за услугу је поклон, наградни поклон, и када је постојала морална дужност корисника услуге да награди извршиоца. Давање награде није поклон ако корисник услу-

или из обзира према заслугама поклонопримца; или као некакво нарочито награђивање истога; само што он претходно не сме имати на то тужбени захтев“), *http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage Bundesnormen&Gesetzesnummer 10001622*, посећено 5.05.2011. године.

[27] Слободан Перовић, „Натуралне облигације и моралне дужности“, *Правни живот* 6/1968, 23.

[28] Преднацрт ГЗ РС, чл. 660, ст. 3.

ге може бити присиљен кондемнаторним захтевом да услугу плати, јер тада има карактер противпрестације за престацију коју је у виду услуге учинио извршилац услуге. У том случају оно је теретни правни посао.[29]

Када поклонопримац нема право да тужбом захтева награду? Најопштије би се могло рећи да поклонопримац нема то право када, као извршилац услуге, нема потраживање на награду, а лице коме је његова услуга користила нема обавезу да награду плати. Другим речима, потребно је да не постоји правна чињеница из које би се родио облигациони однос између извршиоца и корисника услуге на основу кога би настало право извршиоца услуге да захтева награду: уговор, пословодство без налога и јавно обећање награде.

2.2.1. Непостојање права на награду на основу уговора

Између извршиоца и корисника услуге не треба да постоји уговор о делу или уговор о налогу. Ови уговори подразумевају да је између корисника и извршиоца услуге претходно била постигнута сагласност о материјалном послу или о налогу, на основу које извршилац услуге има право на награду, код уговора о делу чак и ако награда није обухваћена његовим споразумом са наручиоцем.[30]

Ситуација у којој се појављује наградни поклон је редовно таква да је услуга обављена раније, самоиницијативно од стране извршиоца услуге, без споразума са корисником услуге, понекад и без његовог знања. Таква ситуација је блиска оној у којој може да постоји пословодство без налога.

2.2.2. Непостојање права на награду на основу пословодства без налога

Пословодство без налога подразумева да је пословођа обавио за господара посла неки материјални или правни посао на чије извршење није био обавезан на основу налога, закона, одлуке суда или неког државног органа, нити је на његово вршење био овлашћен. Оно је извор облигационог односа између незваног вршиоца туђег

---

[29] Такво становиште јасно је изражено у § 941 аустријског Грађанског за коника. Упор. *Hat der Beschenkte ein Klagerecht auf die Belohnung gehabt, entweder, weil sie unter den Parteyen schon bedungen, oder durch das Gesetz vorgeschrieben war; so hört das Geschäft auf, eine Schenkung zu seyn, und ist als ein entgeldlicher Vertrag anzusehen* („Ако је поклонопримац имао право на тужбу због награде или је награда међу странкама била уговорена или ако је била прописана законом онда престаје тај посао да буде давање поклона и треба га посматрати као уговор са новчаном надо кнадом“), *http://www.ris.bka.gv.at/GeltenderFassung.wxe?Abfrage Bundesnormen&Gestzesnummer 1001622*, посећено 5.05.2011. године.

[30] ЗОО, чл. 624, ст. 1.

посла и господара посла из кога настају обавезе и права за пословођу без налога. Међу правима пословође у Закону о облигационим односима предвиђено је и право на награду. Међутим, оно не настаје из сваког незвано обављеног посла. Због тога је потребно раздвојити незвано вршење туђег посла које не даје право на награду од оног које даје то право.

Незвано вршење туђег посла које не рађа право на награду је оно којим пословођа није постигао очекиван резултат због кога се умешао у туђе послове, то јест није отклонио штету или прибавио корист господару посла. Из таквог пословодства за пословођу настају право да захтева да буде ослобођен свих обавеза које је, због обављања посла, преузео на себе, право да тражи да господар преузме све обавезе које је он преузео у његово име, право на накнаду штете коју је претрпео и право на накнаду нужних и корисних издатака.[31]

Пословодство које даје право на награду је оно којим је пословођа остварио резултат, отклонио штету или прибавио корист која одговара намерама и потребама господара посла. Поред права које има када није остварио циљ због кога се умешао у туђе послове, пословођа тада има и право да тражи награду за труд.[32] Награда треба да буде примерена труду, што значи одговарајућа труду, једнака вредности његове услуге. Она је противпрестација за његову услугу.

Облигациони однос који настаје из пословодства без налога је вануговорни, јер између господара посла и пословође није постојала претходна сагласност на основу које би овом другом било наложено да обави посао. Пословођа треба да има вољу, свест и намеру да предузимањем посла заснује однос пословодства без налога. Воља господара нема никакву улогу у настанку правног односа. На право на награду не утиче ни његово накнадно саглашавање са обављеним послом. Дејство ратификације је само у томе што између њега и лица које му је посао обавило не постоји пословодство без налога, него се сматра да је од самог почетка постојао уговор о налогу.[33] Право на награду остаје, с тим што се награда дугује по правилима о уговору о налогу.

2.2.3. Непостојање права на награду на основу јавног обећања награде

Право на награду може настати на основу јавног обећања награде.[34] На основу јавног обећања једног лица да ће дати награду,

[31] ЗОО, чл. 223, ст. 1.

[32] ЗОО, чл. 223, ст. 2.

[33] ЗОО, чл. 228.

[34] ЗОО, чл. 229, ст. 1.

право на награду има лице које је пре осталих извршило радњу која је у обећању била предвиђена,[35] а ако је више лица извршило радњу истовремено, свако од њих има право на награду.[36]

Обећавалац може да се предомисли и да накнадном изјавом опозове обећање. Опозивање је могуће ако обећавалац није у јавном огласу одредио рок за извршење радње, јер је у том случају обећање неопозиво. Накнадна изјава обећаваоца спречава да настане право на награду учесника у такмичењу. Да би имала такво дејство, потребно је да учињена на исти начин као и обећање, или личним саопштавањем и да је учесник у такмичењу сазнао за опозивање пре него што је извршио радњу. Ако је он радњу извршио, а да пре тога није знао, нити је могао да зна да је обећање опозвано, опозивање не утиче на право на награду.

2.2.4. Непостојање права на накнаду на основу правно неоснованог обогаћења

Право на награду из пословодства без налога настаје ако су испуњени законски услови: 1) да је пословођа обавио туђи материјални или правни посао за који није добио налог, нити је имао овлашћење; 2) да је посао предузео за рачун онога чији је посао и у сврху заштите његових интереса; 3) да посао није могао бити одложен, то јест да би, да није био благовремено предузет, за господара посла наступила штета или би пропустио очигледну корист; 4) да је остварен резултат због кога је посао преузет, односно да је отклоњена штета или остварена корист која одговара намерама или потребама господара посла. [37] Када су испуњени ови услови давање примерене награде за радњу или услугу која је користила господару посла није поклон, него противпрестација за престацију незваног вршиоца туђег посла. Ако услови за пословодство без налога нису испуњени, а једно лице је обавило другом неки посао, или шире посматрано неку радњу или услугу, за коју нема право да тражи награду, а друго лице му је ипак дâ, могао би постојати наградни поклон.

Закон о облигационим односима уређује једну ситуацију у којој не постоје услови за пословодство без налога, а једно лице је извршило туђи посао *у намери да другоме помогне*. У тој ситуацији, према правилу о вршењу туђег посла у намери да се другом помогне, лице које је другом помогло има право да захтева накнаду за трошкове, при чему износ те накнаде не може превазићи висину користи коју је помогнути постигао.[38] Отуда би, у први мах, могао бити изве-

[35] ЗОО, чл. 231, ст. 1.

[36] ЗОО, чл. 232, ст. 2.

[37] ЗОО, чл. 220.

[38] ЗОО, чл. 224.

ден закључак да када једно лице помогне другоме, обављајући његов посао, може да постоји наградни поклон, јер онај који је извршио услугу нема право на награду.

Ипак, могло би се поставити питање да ли онај који је другоме помогао може да захтева накнаду за корист остварену од његове услуге према правилима о правно неоснованом обогаћењу. Наиме, по норми Закона о облигационим односима која уређује право осиромашеног у ситуацији у којој обогаћени употреби његову ствар у сопствену корист, он има право да од обогаћеног захтева накнаду за корист коју је имао од употребе.[39] У правној теорији њен домен је проширен, тако што се сматра да накнада припада не само лицу чија је ствар искоришћена, него и лицу које је другоме обавило неки „рад или радњу, ако су корисни".[40] С обзиром на то да је и за примену ове норме неопходно да нису били испуњени услови за пословодство без налога,[41] да ли лице које је извршило туђи посао у намери да другоме помогне може, позивајући се на то да је његовом помоћи помогнути обогаћен, од њега тражити накнаду за корист коју је остварио?

За одговор на ово питање битно је утврдити из ког основа настаје право лица које је другоме помогло да од помогнутог тражи накнаду трошкова. Закон о облигационим односима изричито тражи да нису били испуњени услови за незвано вршење туђих послова. Извор овога права није ни теретни уговор, јер би лице чијом радњом је друго лице остварило корист тада имало право да тражи награду. Његов основ није ни проузроковање штете, јер помогнути није својом радњом која му се може уписати у кривицу проузроковао штету лицу које му је помогло. Није у питању ни јавно обећање награде. Преостаје да је основ права лица које је другоме помогло да од помогнутог тражи да му надокнади издатке правичност, на којој се темељи и право на накнаду за коришћење туђег рада из правно неоснованог обогаћења,[42] али не оно подручје тог извора облигација из кога се рађа кондикцијска тужба, већ оно из кога настају верзијски захтеви.[43]

39 ЗОО, чл. 219.

40 Лазар Марковић, *Облигационо право*, Београд 1997, 767.

41 *Ibid*.

42 Упор. „Основна замисао код свих ових права на повраћај јесте остварења извесног изравнавања између формалног и материјалног права, а у знаку *социјалне правичности.* Ако је на једној страни извршено такво померање имовине, да се не види при томе никаква супротност са правом и правним поретком, али се не види ни унутарње оправдање за једну такву измену нити се може видети да је она из вршена у хармонији и у складу са прописима правног поретка, у таквом случају појављује се потреба за коректуром и за интервенцијом закона с циљем изравнавања и васпостављања пуне *правичности* [курзив М.Ђ.]", Л. Марковић (1997), 766.

43 Стојан Цигој, *Коментар Закона о облигационим односима* I (ред. Борислав Т. Благојевић и Врлета Круљ), Београд 1980, 590; Л. Марковић (1997), 767.

Правило о праву стране која је другој помогла да од ње тражи накнаду трошкова, према томе, почива на истој идеји на којој је засновано и правило о праву осиромашеног да захтева накнаду за корист коју је обогаћени имао од његовог рада. За једно и за друго право заједничко је да за њихов настанак не смеју бити испуњене претпоставке за пословодство без налога и да је радњом једног лица остварена корист за друго лице.[44] Тужба којом се од неоснованог обогаћеног тражи накнада за корист је верзијска,[45] исто као и тужба којом се од помогнутог тражи накнадна трошкова. Темељ на коме су заснована оба захтева је правичност којој се противи да туђа имовина или туђа радња или услуга буду искоришћени да би се сопствена имовина увећала, односно сачувала од смањења.

Због истог основа на којем почивају правило о употреби туђе ствари или радње у своју корист и правило о вршењу туђег посла у намери да се другоме помогне, обавезе лица обогаћеног употребом туђег рада, односно помогнутог лица морају имати исти обим. Лице које је обавило туђи посао у намери да помогне и својом помоћи остварило корист за друго лице не може имати лошији положај и добити мање до лица које је, без намере да помогне, својом радњом или услугом, на коју није било обавезно ни по закону, ни на основу правног посла, обогатило друго лице. Помогнути не само да треба да надокнади трошкове лицу које му је помогло, него и да му дâ накнаду за корист коју је имао од његове радње или услуге. У томе је изгледа, право значење норме која ономе ко је обавио туђи посао у намери да другоме помогне, даје право на накнаду трошкова „до висине користи коју је други постигао“.

Напослетку, може се закључити да лице које је обавило неку радњу или услугу од које је друго лице остварило корист, а нису били испуњени услови за незвано вршење туђих послова, без обзира на то да ли је радњу или услугу извршило у намери да помогне, или без те намере, у одсуству обавезе која би проилазила из правног посла или закона, може тражити накнаду за корист по верзијској тужби из правно неоснованог обогаћења. Накнада коју ће добити за корист коју је учинило је противпрестација за извршени посао, радњу или услугу. Отуда следи да за постојање наградног поклона не треба да буду испуњене ни претпоставке за правно неосновано обогаћање, на основу чега би извршилац радње или услуге имао право да захтева накнаду за корист коју је друго лице од радње или услуге имало.

[44] Л. Марковић (1997), 768.

[45] С. Цигој, 575.

3. ПРАВНИ ЗНАЧАЈ ВЕЛИЧИНЕ ПОКЛОНА

Из претходних излагања проистиче да када је једна услуга имовински, новчано, процењива, наградни поклон постоји када извршилац услуге нема право да тражи награду на основу уговора, пословодства без налога, јавног обећања награде, али ни право на накнаду за корист на основу стицања без основа, нити право на накнаду штете. Другачије речено, само када ни један уговор, ни незвано вршење туђих послова, ни јавно обећање награде, ни правно неосновано обогаћење, ни проузроковање штете не оправдавају тужбу којом од корисника услуге може бити тражена награда или накнада, може се говорити о томе да корисник услуге даје награду као поклон.[46]

Према Закону о облигационим односима наградни поклон у оба вида, као поклон за услугу непроцењиву у новцу (који Закон назива поклон из захвалности) и поклон за новчано процењиву услугу (који Закон назива наградни поклон), не може бити побијен због оштећења поверилаца. Они су искључени од примене правила о праву повериоца да побија дужникове правне радње, ако су сразмерни материјалним могућностима поклонодавца. Могло би се, у вези с тим, поставити питање да ли на квалификацију наградног поклона утиче вредност поклоњене ствари. Наиме, да ли је наградни поклон доброчин уговор само када вредност поклоњене ствари није сразмерна имовинским приликама поклонодавца, јер у тој ситуацији може бити побијен због оштећења поверилаца, а није поклон, уколико је њена вредност сразмерна материјалним могућностима дужника, због тога што уговор не може бити нападнут Паулијанском тужбом.

По једном схватању, наградни поклон је изузет од правила о Паулијанској тужби, због тога представља испуњење одређених моралних или социјалних дужности. Тако је само док вредност поклона не прекорачује дозвољену висину, одређену према материјалним могућностима поклонодавца и другим околностима, као што су „повод и сврха давања, друштвени положај примаоца, лични однос даваоца према овоме и сл“.[47] Ако давање прекорачи дозвољену границу „побијати се може само прекорачена вредност, а не и цело располагање“.[48] Одатле би произлазило да наградни поклон није потпуни, него парцијални поклон, доброчин уговор само у једном делу, у износу који је једнак „прекораченој вредности“, јер само у том делу може бити побијен. У остатку, у „непрекораченом делу“, то није поклон, јер не може бити побијен, чак ни када износ који се сматра поклоном не би био довољан да би се намирило повериочево потраживање.

---

46 N. Peterka, 120.

47 Б. Марковић, 663.

48 *Ibid.*

Према другом схватању, заступљеном у француској правној теорији, врло блиском претходном, давање награде не подлеже правилима о побијању која важе за бесплатна располагања, јер је у питању теретни правни акт, извршење натуралне облигације. Оно има такав смисао само ако је морално оправдано. Награђивање има морално оправдање ако величина награде одговара породичној ситуацији и имовинским приликама поклонодавца.[49] Супротно томе, ако награда представља превелик терет за корисника услуге у односу на вредност његове имовине, она је спорна са становишта морала. Морал не налаже да се једно лице имовински исцрпљује да би наградило другога. Уколико је давање награде другоме за радњу или услугу, због њене величине, морално спорно, оно није морална дужност, пошто је таква дужност неприхватљива са гледишта јавног поретка. У том случају оно је израз субјективног осећања части или личне представе даваоца награде о себи, а не морална дужност која је у складу са јавним поретком. Тада је у питању истински поклон, а не теретни правни акт, и због тога може бити побијен по општим правилима, али само у погледу износа који превазилази материјалне могућности поклонодавца.[50]

Норма по којој су поклони из захвалности и наградни поклони искључени од примене правила о побијању изгледа да, ипак, није заснована на идеји да они не треба да буду предмет побијања зато што су засновани на моралним дужностима. Идеја на којој она почива је иста као и она којом су проткане норма наследног права по којој поклони учињени у добротворне и општекорисне сврхе и мањи уобичајени поклони не улазе у обрачунску вредност заоставштине,[51] као и норма на основу које се уобичајени мањи поклони не урачунавају у наследни део законског наследника.[52] Реч је о томе да одређени поклони имају специфични, привилеговани положај у односу на друге и да треба да буду изузети од примене неких општих правила која важе за поклоне или шире за доброчина располагања, када не представљају опасност по интересе оних категорија лица која тим нормама треба да буду заштићена.

Уобичајени поклони изузети су од норми наследног права о утврђивању вредности заоставштине, односно о урачунавању поклона у наследни део законског наследника, ако су „мањи“, јер не угрожавају интересе нужних, односно законских наследника. Када су мањи они имају привилегован положај у односу на друге поклоне и не подлежу враћању због повреде нужног дела односно урачунавању

[49] Marcel Planiol, Georges Ripert, André Trasbot, Yvon Loussouarn, *Traité partique de droit civil francais*, V, *Donations et testaments*, Paris 1957^2, 434.

[50] *Ibid*, 435.

[51] Закон о наслеђивању ЗОН, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, чл. 49.

[52] ЗОН, чл. 75.

у наследни део. Поклони из захвалности и наградни поклони не подлежу правилима облигационог права о побијању дужникових правних радњи, јер, ако су сразмерни имовинским приликама поклонодавца, не повређују интерес поклонодавчевих поверилаца, који су заштићени овим правилима да намире своја потраживања из његове имовине. У суштини изузетака прописаних за поклоне у наследном и у облигационом праву је иста замисао о незнатности поклона, који не могу повредити ничије интересе.

У Закону о наслеђивању није ништа речено о начину на који се утврђује када су у уобичајени поклони мањи. У наследноправној литератури прихваћено је да њихову вредност треба упоређивати с вредности оставиочеве имовине,[53] односно према укупним приликама у којима се оставилац налазио. [54] Оно што није изричито наглашено у овом закону прописано је, када су у питању поклони из захвалности и наградни поклони, Законом о облигационим односима. Употреба формулације по којој се они не могу побијати због оштећења поверилаца, ако су сразмерни имовинским приликама дужника, асоцира на идеју о незнатности поклона.

Незнатност је релативна категорија, јер је величина која се мери према другој величини, укупној вредности имовине конкретног поклонодавца. То значи да оно што је за једног поклонодавца незнатни поклон, не мора то бити у односу на другог. Ако судија нађе да је награда дата као поклон, гледано према укупној вредности имовине поклонодавца, мала, одбиће Паулијанску тужбу, због тога што не постоји потреба да поверилац буде заштићен. И обрнуто, усвојиће тужбу и огласитити без дејства поклон из захвалности и наградни поклон, као и сваки други поклон – до износа који је потребан да се намири повериочево потраживање, када нађе да је превелик у односу на вредност поклонодавчеве имовине, јер је такав поклон предузет на штету повериоца.

Према томе, на квалификацију наградног поклона као доброчиног уговора не утиче његова величина. Наградни поклон је доброчин уговор и када је вредност дата као поклон пропорционална и када није пропорционална вредности поклонодавчеве имовине. За његов појам битно је само да награда или друга накнада не може бити тражена тужбом. Вредност ствари дате на поклон је без значаја. Зато наградни поклон не мења свој карактер и не постаје парцијални поклон, делимично доброчини, а делимично теретни правни посао, када она није у складу са материјалним могућностима поклонодавца.

---

[53] Оливер Антић, Зоран Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Бео град 1996, 299.

[54] Милан Креч, Ђуро Павић, *Коментар Закона о наслеђивању са судском праксом*, Загреб 1964, 177.

Уговор је и тада поклон у потпуности и може бити побијен по свим правилима која важе за побијање доброчиних располагања.

4. ЗАКЉУЧАК

Наградни поклон је поклон, доброчини уговор, када је награда дата за радњу или услугу која је непроцењива. Када услуга има тржишну вредност, када је процењива у новцу, награда дата извршиоцу услуге је наградни поклон, ако поклонопримац није имао право да награду или какву другу накнаду тражи тужбом из уговора, незваног вршења туђих послова, јавног обећања награде, проузроковања штете и правно неоснованог обогаћења. За наградни поклон није битна величина поклона. То што према правилима о Паулијанској тужби не може бити побијен по правилима по којима се побијају доброчина располагања, ако је сразмеран имовинским приликама поклонодавца, не значи да није поклон. Наградни поклон пропорционалан имовинским приликама поклонодавца не подлеже побијању зато што не угрожава интересе поклонодавчевих поверилаца, који су заштићени овим правилима. Насупрот томе, наградни поклон несразмеран имовинским приликама поклонодавца може бити побијен, и то у целини, по свим правилима која важе за доброчина располагања, до вредности која је потребна за намирење потраживања поклонодавчевих поверилаца, јер се тавим поклоном наноси штета њиховим интересима.

Dr. Marko Đurđević

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

GIFT AS A REWARD

Summary

Gift-as-a-reward is a type of gift offered as a prize or an award to another, which is not made to compensate for services rendered, but to show gratitude for these services. It is based on the donor's intention to make a voluntary transfer of property to the donee, without full valuable consideration. A prize or an award for the inestimable (priceless) services shall always qualify as a gift. On the other hand, a prize or an award for services rendered shall qualify as a gift, if these services do have

market value, but the donee cannot claim remuneration for them in law, and cannot bring the case to court. A prize or an award may qualify as a gift irrespective of its value. The rules of Serbian Law on Obligations with respect to action to set aside gratuitous disposal of property do not apply, if a gift-as-a-reward is proportionate to the financial status of the donor, since such gift does not infringe upon the interests of the creditors. Conversely, a gift-as-a-reward which is not proportionate to the financial status of the donor may be set aside, in accordance with general rules, as it is a gratuitous disposition which runs contrary to the interests of the donor's creditors.

Key words: *Gift. – Reward. – Gift-as-a-reward.*

УДК 343.296 ; 347.922.1:347.513

Др Марија Караникић Мирић[*]

ЗАСТАРЕЛОСТ ПОТРАЖИВАЊА НАКНАДЕ ШТЕТЕ ПРОУЗРОКОВАНЕ КРИВИЧНИМ ДЕЛОМ

Два су питања у средишту овога рада. Прво је важење привилегованог рока застарелости из чл. 377, ст. 1 Закона о облигационим односима. Да ли продужени рок застарелости потраживања накнаде штете проузроковане кривичним делом важи само према штетнику или и према лицу које за штетника одговара? Друго се тиче могућности да парнични суд, за потребе примене поменутог привилегованог рока, решава о постојању кривичног дела као претходном питању. Аутор наводи аргументе у прилог тврдњи да продужени рок застарелости права на накнаду штете која је причињена кривичним делом важи према штетнику, као и према сваком лицу које за штету одговара по правилима о одговорности за другога, без обзира на основ те одговорности. И друго, аутор сматра да парнични суд може да утврђује постојање кривичног дела као правног односа који није предмет спора, али од којег зависи мериторна одлука, изузев ако је у кривичном поступку против штетника као учиниоца кривичног дела донета правноснажна осуђујућа или ослобађајућа пресуда. Домаћи судови већ шездесет година лутају у потрази за одговорима на ова питања, а Комисија за израду грађанског законика још увек није дала коначан предлог правила о привилегованом року застарелости.

Кључне речи: *Накнаде штете проузроковане кривичним делом. Застарелост. Захтев према одговорном лицу. Захтев према штетнику. Постојање кривичног дела као претходно питање.*

1. УВОД

Према општем правилу српског права потраживање накнаде штете застарева за три године од када је оштећеник сазнао за штету

[*] Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, e mail: *marija@ius.bg.ac.rs*. Овај рад је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација с правом Европске уније правни, економски, политички и социолошки аспекти“.

и штетника, а у сваком случају за пет година од настанка штете.[1] Од тог правила одступа се када је штета проузрокована кривичним делом. Тада право на накнаду штете према одговорном лицу застарева када истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења, под условом да је за кривично гоњење предвиђен дужи рок застарелости.[2]

Нека питања у вези са посебним роком застарелости права на накнаду штете проузроковане кривичним делом остала су спорна: (1) Да ли продужени рок застарелости потраживања накнаде штете која је причињена кривичним делом важи само према штетнику или и према лицу које за штетника одговара? (2) Да ли се поменути продужени рок застарелости примењује само када је у кривичном поступку према штетнику донета правноснажна осуђујућа пресуда, односно може ли, и ако може онда под којим условима, суд у парничном поступку да утврђује постојање кривичног дела као претходно питање?

Схватања домаћих судова о овим питањима нису усаглашена.[3] Колебање судске праксе, нарочито у погледу важења привилегованог рока застарелости, старије је од Закона о облигационим односима (ЗОО). Оно датира још из времена важења Закона о застарелости потраживања, који је донет 1953. године.[4] Последњих година оба питања била су предмет оцене Уставног суда Србије у одлука-

[1] Чл. 376, ст. 1 и 2, Закон о облигационим односима ЗОО, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99.

[2] Чл. 377, ст. 1 ЗОО.

[3] „Рокови застарелости потраживања накнаде штете из члана 377 ЗОО теку само према учиниоцу кривичног дела којим је штета проузрокована, а не према држави односно правном лицу које за штету одговара уместо њега по одредбама члана 172 ЗОО." Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1354/06 од 6.9.2006. године. Вид. супротан став истог суда: „Према чл. 377, ст. 1 ЗОО, када је штета проузро кована кривичним делом, а за кривично гоњење је предвиђен дужи рок застарело сти, захтев за накнаду штете (*sic!*) према одговорном лицу застарева када истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења. Под одговорним лицем не под разумева се само учинилац кривичног дела, већ и лице које одговара за штету која је учињена кривичним делом, иако само није учинилац тог дела." Решење Врховног суда Србије, Рев. 1335/05 и Сгзз. 58/05 од 30.11.2005. године. (Све овде наведене од луке домаћих судова преузете су из базе *ParagrafLex*, осим ако је изричито наведен други извор.)

[4] Закон о застарелости потраживања ЗЗП, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 40/53 и 57/54. ЗЗП престао је да важи даном ступања на снагу ЗОО, а то је било 1. окто бра 1978. године. Вид. чл. 1108 и 1109 ЗОО. Проширена општа седница Врховног суда Југославије од 19. октобра 1970. године усвојила је начелно мишљење да се привилеговани рок застарелости из чл. 20 ЗЗП примењује како на учиниоца кри вичног дела у својству штетника, тако на лице које за њега одговара. И након тога поједини судови доносили су супротне одлуке. Вид. Јосип Студин, „Застарелост (чл. 360 292)", *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ), Савремена администрација, Београд 1983, 1141.

ма поводом уставних жалби. Уставни суд налазио је да су уставно прихватљиви разлози из којих домаћи судови сматрају да продужени рок застарелости из чл. 377, ст. 1 ЗОО не тече према лицу које по правилима о одговорности за другога одговара за штету причињену кривичним делом.[5]

2. О ЗАСТАРЕЛОСТИ ПОТРАЖИВАЊА

Обавеза се сматра доспелом када поверилац може да захтева њено испуњење. То својство обавезе је орочено. Оно не може бесконачно да траје, на првом месту из разлога правне сигурности.[6] По дефиницији, поверилац је активна страна у облигационом односу. Он има право да од дужника захтева одређено понашање. Држање повериоца је пасивно ако он може да врши своје право, па то ипак не чини.[7] Правни поредак је спреман да толерише пасивност повериоца једно ограничено, законом одређено време. По протеку тог времена, право застарева и поверилац губи захтев према дужнику. Повериочево право на овај начин не престаје, већ се мења његов квалитет. Оно је сада застарело, па поверилац више не може судским путем да натера дужника да испуни своју обавезу. Ипак, суд може да узме у обзир ову промену у квалитету повериочевог права само ако се дуж-

[5] Уставни суд Србије донео одлуке о одбијању по уставним жалбама Уж 345/08 од 17.3.2010. године, Уж 583/08 од 1.4.2010. године и Уж 1980/09 од 27.1.2010. године, налазећи да су уставно прихватљиви разлози из којих су редовни судови сматрали да привилеговани рок застарелости из чл. 377, ст. 1 ЗОО тече само према учиниоцу кривичног дела као штетнику, а не према држави као лицу које за тог штетника одговара, те да поступањем редовних судова нису повређена следећа уставом гарантована права: право на правично суђење из чл. 32 Устава Републике Србије Устав, *Службени гласник РС*, бр. 83/06, право на једнаку заштиту права и правно средство из чл. 36 Устава и право на рехабилитацију и накнаду штете из чл. 35 Устава. Из архиве суда.

[6] О правно политичким разлозима из којих законодавац санкционише пропуштање повериоца да од свога дужника захтева испуњење обавезе које би ина че могао да захтева: Reinhard Zimmerman, Jens Kleinschmidt, „Prescription: General Framework and Special Problems Concerning Damages Claims“, *European Tort Law 2007* (eds. Helmut Koziol, Barbara C. Steininger), Springer, Wien New York 2008, 31 32. Вид. такође Ј. Студин, 1119; Драгољуб Стојановић, „Одељак 4. Застарелост“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић), Савремена администрација, Београд 1995, 769; Обрен Станковић, „Протек времена као правна чињеница“, *Увод у грађанско право* (Обрен Станковић, Владимир Водинелић), Но мос, Београд 1996, 209 210.

[7] *Agere non valenti non currit praescriptio*. Више о овом начелу Ole Lando, Eric Clive, André Prüm, Reinhard Zimmerman (eds.), *Principles of European Contract Law*, III, Kluwer Law International, The Hague 2003, 184 и даље; Jean Carbonnier, „La règle contra non valentem agere non currit praescriptio“, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 57, 1/1937, 155; Jean Philippe Lévy, André Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Paris 2002, 613.

ник на њу позове. Дужник који повериоцу не приговори застарелост него испуни своју застарелу обавезу, нема право да захтева повраћај датог ни ако није знао да му је обавеза застарела.[8]

Према императивном правилу српског права време које је законом одређено за застарелост потраживања не може се мењати правним послом, нити се на тај начин могу мењати законска правила о прекиду и застоју застарелости.[9] Иста забрана прописана је Конвенцијом о застарелости у области међународне продаје телесних покретних ствари.[10] Швајцарско, грчко и шпанско право такође строго забрањују да се правним послом уреди рок застарелости различит од онога који је законом прописан. Поједини правни системи допуштају уговарање краћег рока застарелости од законом прописаног. Ту продужење застарног рока није дозвољено. Такав је случај у немачком (§ 225 BGB) и аустријском (§ 1502 ABGB) праву.[11] Начела европског уговорног права предвиђају могућност да уговорне стране споразумно било продуже било скрате законски рок застарелости, с тим што уговорени рок застарелости почиње да тече у законом прописано време и не може бити краћи од једне, нити дужи од тридесет година.[12] Могућност да уговорне стране модификују рокове застарелости предвиђена је и UNIDROIT начелима међународних трговинских уговора.[13]

Начин на који се рачунају рокови застарелости уређен је правилима материјалног права. Ту се, пре свега, мисли на правило о рачунању рокова из чл. 77 ЗОО. Правила о рачунању рокова садржана у Закону о парничном поступку[14] односе се на рокове застарелости само у погледу начина њиховог одржања, а не у погледу начина на који се ти рокови рачунају.[15]

8 У српском праву исплата застарелог дуга може се оспоравати ако је дуж ник у часу исплате био пословно неспособан, чл. 297, ст. 2 ЗОО.

9 Вид. чл. 364 ЗОО.

10 Вид. Art. 22, UN Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, *http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/limit/limit conv.pdf*, 15.5.2011. Вид. више Михаило Константиновић, „Конвенција о застарелости у области међународне продаје телесних покретних ствари", *Анали Правног факултета у Бео граду* 3 4/1982, 582 604.

11 Вид. више Reinhard Zimmermann, *Comparative Foundations of European Law of Set Off and Prescription*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, 162 167.

12 Вид. Art. 14:601, The Principles of European Contract Law PECL, *http:// frontpage.cbs.dk/law/commission on european contract law/index.html*, 15.5.2011.

13 Вид. Art. 10.3, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, *http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm*, 15.5.2011.

14 Чл. 106 и 107 Закона о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 125/04 и 111/09.

15 Боривоје Познић, *Коментар Закона о парничном поступку. Према тексту Закона из 1976. са доцнијим изменама и допунама*, *Службени гласник РС*, бр. Бео град 2009, 262.

Дејство застарелости је такво да њиме не пропада право у целини, већ само захтев, односно право на заштиту, право да се захтева принудно извршење обавезе. Застарело потраживање не може се утужити, а ако је суд већ утврдио постојање потраживања које је потом застарело, онда се оно не може наплатити. То важи како за главно тако за споредно потраживање.[16] Међутим, суд не може узети застарелост у обзир ако се дужник на њу не позове, нити сме да поучи неуку странку о праву на приговор застарелости.[17] Дужник који плати застарели дуг није платио недуговано. Захтев из правно неоснованог обогаћења не стиче ни онај ко намири дуг без знања да се може позвати на застарелост. Застарело потраживање може да престане пребијањем само ако није било застарело у часу кад су се стекли услови за пребијање. У противном, до пребијања не долази ако дужник застарелог потраживања истакне приговор застарелости (чл. 339 ЗОО).

3. О ЗАСТАРЕЛОСТИ ПОТРАЖИВАЊА НАКНАДЕ ШТЕТЕ

Када је реч о потраживању накнаде проузроковане штете, оно у српском праву застарева за три године од када је оштећеник дознао за штету и за лице које је штету проузроковало, а у сваком случају за пет година од када је штета настала (чл. 376, ст. 1 и 2 ЗОО).[18] Овај потоњи, петогодишњи рок узима се у обзир тек ако субјективни, трогодишњи рок истиче за више од пет година од настанка штете.[19]

Рок застарелости тече само ако је поверилац у могућности да захтева испуњење обавезе,[20] па то ипак не чини. Обавеза накнаде

[16] Андрија Гамс, Љиљана Ђуровић, *Увод у грађанско право*, Научна књига, Београд 1988, 233 234.

[17] Ј. Студин, 1120.

[18] Субјективни рок од три године почиње да тече од дана када су оштећеном били доступни потпуни подаци о лицу које је штету причинило, као и подаци о свим елементима на основу којих се, поред сазнања да је штета настала, могао утврдити обим настале штете. Под сазнањем оштећеника за штету, у правном смислу, подра зумева се не само сазнање о настанку штетног догађаја, већ и сазнање о обиму ште те, односно елементима на основу којих се може утврдити њена висина. Сазнање о штетнику подразумева и сазнање о условима под којима одређени субјекат одговара за штету према позитивном материјалном праву. Тако: Решење Привредног апела ционог суда, Пж. 7344/10 од 29.4.2010. године.

[19] „Субјективни рок од три године увек се креће у оквиру објективног рока од пет година“, Решење Вишег трговинског суда, Пж. 231/07 од 7.3.2007. године.

[20] Под овим се мисли на постојање права повериоца да захтева судску за штиту свога потраживања. O. Lando, E. Clive, A. Prüm, R. Zimmerman, 168; François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris 2005[9], 1402.

штете сматра се доспелом од тренутка настанка штете (чл. 186 ЗОО). То значи да, у начелу, оштећеник стиче право да захтева накнаду штете у часу када дође до штете. Штета може да настане истовремено са предузимањем штетне радње или након што је штетник ту радњу предузео. Ако се моменат настанка штете и моменат предузимања штетне радње не поклапају, потраживање накнаде штете доспева у тренутку када је штета настала.[21] Рок застарелости који тада почиње да тече обично се назива објективним или апсолутним.[22]

Ипак, тренутак настанка штете често није лако утврдити.[23] Када се штета испољава у једном дужем периоду, узима се да је настала када су штетне последице достигле свој коначни облик и обим.[24] Застарелост потраживања накнаде штете која настаје сукцесивно не почиње да тече пре настанка штете, осим ако је законом предвиђена обавеза накнаде будуће штете.[25] Према одредби чл. 203 ЗОО, суд ће на захтев оштећеног досудити накнаду и за будућу нематеријалну штету, ако је по редовном току извесно да ће она трајати у будућности.

[21] Постојање штете представља један од општих и сталних услова за заснивање одговорности за штету, J. Carbonnier, 2269. У пракси домаћих судова: „Објективни рок застарелости потраживања накнаде штете почиње тећи од настанка штете. То време не мора се поклапати са временом причињене штетне радње, одно сно штетног догађаја", Пресуда Врховног суда Србије Рев. 1025/01 од 14.11.2001. године. Када се из канализационе мреже штетника одливају отпадне воде које изазивају оштећења на згради оштећеника, сматра се да је штета настала тек када престане деловање узрока штете, а штета на згради оштећеника поприми коначан облик. Тако: пресуда Врховног суда БиХ, Пж. 566/88 од 13.12.1989. године, *Билтен Врховног суда БиХ* 2/90, одлука бр. 39. Објективни рок застарелости захтева за на кнаду штете почиње да тече од тренутка када су настале штетне последице, а не од штетног догађаја. Тако: Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев. 2157/88 од 28.03.1989. године, *Преглед судске праксе*, бр. 45, 60. *N.B.* ЗОО познаје само цивилно рачунање рокова (по данима). Ипак, судови често наводе да рок застарелости тече *a momento ad momentum*, односно од одређеног часа, момента, тренутка. Вид. судске одлуке у фуснотама 24, 26, 29, 30.

[22] Д. Стојановић, 786; Владан С. Станковић, *Облигационо право* (Живомир С. Ђорђевић, Владан С. Станковић), Научна књига, Београд 1987, 710.

[23] Вид. више Christian von Bar, *The Common European Law of Torts II*, Oxford University Press, Oxford New York 2000, 583 554.

[24] „Рок застарелости потраживања накнаде нематеријалне штете почиње тећи од дана када су поједини видови штете добили облик коначног стања". Решење Врховног суда Србије, Рев. 260/05 од 16.2.2005. године. „Рок застарелости за на кнаду штете за претрпљени страх почиње да тече од тренутка када је страх престао, независно од тога што је страх произвео трајне последице, као што је послерат ни стресни синдром, које улазе у домен умањења животне активности, где се рок застарелости за накнаду штете рачуна од тренутка када је умањење добило облик коначног стања, који се (тренутак, *прим. М.К.*) по правилу поклапа са завршетком лечења". Пресуда Окружног суда у Ваљеву, Гж. 1070/05 од 18.8.2005. године.

[25] Пресуда Врховног суда БиХ, Пж. 533/86 од 27.05.1987. године, *Билтен Врховног суда БиХ*, 3/87, одлука бр. 10.

У таквим случајевима објективни рок застарелости тече од настанка првих штетних последица штетникове радње и односи се на укупну нематеријалну штету за коју је по редовном току ствари у часу пресуђења било извесно да ће трајати у будућности.[26] Ако се, пак, није могло са извесношћу предвидети да ће као последица раније штетникове радње у будућности наступити још нека штета, онда рок застарелости за такву, непредвидљиву, будућу штету тече од њеног настанка, то јест тек када се она испољи.[27]

Описани објективни рок застарелости потраживања накнаде штете примењује се само ако такозвани субјективни рок застарелости истог потраживања истиче након протека објективног рока. У противном, потраживање накнаде штете застарева протеком субјективног рока, који се у правима европских држава везује за сазнање оштећеника о штети и идентитету штетника.[28] Према схватању домаћих судова, субјективни рок застарелости права на накнаду штете не тече од штетног догађаја него од штетниковог сазнања за обим причињене штете[29] и за лице које му је штету

[26] „Нематеријална штета, која се у одређеном облику трајно или трајније испољава, представља једну штету, па суд одређује један износ накнаде узимајући у обзир трајање те штете до доношења пресуде и њено трајање у будућности. Накнаду за будућу нематеријалну штету суд може да досуди, у смислу чл. 203 ЗОО, и када се штетне последице у психи оштећеног нису испољиле, а извесно је да ће се испољити у будућности“. Закључак бр. 3 са саветовања Савезног суда, врховних судова ре публика и аутономних покрајина и Врховног војног суда у Љубљани, од 15. и 16. октобра 1986. године, *Билтен Врховног суда БиХ* 1/87, 55. Код потраживања накна де штете услед трајног умањења животне активности, објективни рок застарелости почиње да тече у моменту повређивања. Тај рок почиње да тече тек након окончаног лечења, ако се здравље оштећеника непрекидно погоршавало током лечења које је имало за циљ да заустави погоршање. Тако: Пресуда Врховног суда БиХ, Рев. 172/84 од 14.12.1984. године, *Билтен Врховног суда БиХ* 1/85, одлука бр. 7. Упор. фн. 24. Унитарни појам будуће штете прихватају немачко и аустријско право, у којима рок застарелости почиње да тече од испољавања прве штетне последице и важи за све будуће предвидљиве манифестације штете, с тим што се предвидљивост штете цени различито у ова два правна система. Насупрот томе, унитарни појам будуће штете у швајцарском праву подразумева да рок застарелости не тече док се не испољи и последња предвидљива штетна последица. R. Zimmerman, J. Kleinschmidt, 38 39, 44.

[27] Начелни став Заједничке седнице Савезног суда, врховних судова републи ка и Врховног војног суда, 3/81.

[28] Субјективни рок застарелости се у правима европских држава прописује за све већи број потраживања, а почетак тог рока све чешће се везује за објективну сазнатљивост штете и идентитета штетника, а не за сазнање конкретног оштећеника о штети и идентитету штетника. R. Zimmermann, *Comparative Foundations of European Law of Set Off and Prescription*, 92 99.

[29] „Сваки вид нематеријалне штете застарева посебно, и то: застарелост потраживања накнаде нематеријалне штете за физичке болове почиње да тече од престанка болова; за страх од престанка страха; за душевне болове због умањења

причинило.[30] Под сазнањем за штету подразумева се сазнање за садашњу штету, као и сазнање за будућу штету која се може сагледати заједно са садашњом.[31]

4. О ЗАСТАРЕЛОСТИ ПОТРАЖИВАЊА НАКНАДЕ ШТЕТЕ КОЈА ЈЕ ПРИЧИЊЕНА КРИВИЧНИМ ДЕЛОМ

Посебно правило важи када је штета проузрокована кривичним делом (чл. 377 ЗОО). У таквом случају, ако је за кривично гоњење предвиђен дужи рок застарелости од рокова прописаних општим правилом о застарелости права на накнаду штете, законодавац прописује да потраживање накнаде штете према одговорном лицу застарева када истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења. Прекид односно застој застаревања кривичног гоњења повлачи за собом прекид односно застој застаревања права на накнаду штете.[32]

животне активности од завршетка лечења и сазнања за трајно умањење животне активности или погоршање здравственог стања као дана сазнања за нову тежу последицу", Решење Врховног суда Србије, Рев. 1427/05 од 26.5.2005. године. „Ако се последице повреде не могу санирати, сазнање за штету се не везује за окончање лечења, већ за време када је оштећеном саопштено да је обољење изазвано повре дом постало трајно", Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 757/01 од 31.1.2002. годи не, Пресуда Врховног суда Србије, Рев. II 1563/04 од 31.8.2005. године. Исто: „Када је код оштећеног од стране вештака медицинске струке утврђено трајно умањење опште животне активности од 20% као последица професионалног обољења, тада се рок застарелости потраживања рачуна од момента када је оштећеном саопштено да је обољење изазвано повредом постало трајно, а не од момента окончаног лечења". Пресуда Окружног суда у Чачку, Гж. 1463/05 од 23.11.2005. године.

30 Решење Врховног суда Србије, Прев. 82/00 од 27.9.2000. године. „Застаре лост захтева за накнаду штете тече од момента сазнања оштећеног за штету и штет ника, без обзира на то да ли се накнада захтева за већ насталу штету или за штету за коју је по редовном току ствари извесно да ће сукцесивно настајати у будућности, као и без обзира на то да ли се будућа штета захтева у облику новчане ренте или у једнократном износу. Време застарелости потраживања накнаде штете почиње тећи од када је оштећени дознао за штету и за лице које је штету учинило". Начелни став Заједничке седнице Савезног суда, врховних судова република и Врховног војног суда, бр. 3/81.

31 Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. 259/05 од 17.2.2005. године. У том смислу и: „Захтев за накнаду будуће штете која се може сагледати заједно са већ испољеном штетом тече од испољавања првих штетних последица. Ако је будућа штета извесна по редовном току ствари, тада је очигледно реч о штети за коју је оштећени већ сазнао, па рок застарелости захтева да се она накнади почиње да тече у исто време као код захтева за накнаду штете која се већ испољила". Начелни став Заједничке седнице Савезног суда, врховних судова република и Врховног војног суда, бр. 3/81.

32 Вид. Решење Вишег трговинског суда у Београду, Пж. 3622/02 од 10.10.2002. године. Ипак, правила кривичног права о прекиду односно застоју застарелости кривичног гоњења могу се применити само ако је то за оштећеника повољније од

Ако је време одређено за застарелост кривичног гоњења краће од времена у којем застарева право на накнаду штете, рок застарелости потраживања накнаде штете не може се због тога скраћивати.[33]

Посебно правило из чл. 377, ст. 1 ЗОО односи се само на дужину рока застарелости потраживања накнаде штете. Њиме се установљава један продужени, из угла оштећеника привилеговани, рок застарелости потраживања накнаде штете проузроковане кривичним делом. То правило не дира у начин на који се иначе уређује питање када рок застарелости почиње да тече. И када је штета причињена кривичним делом, застаревање права на накнаду штете не може почети пре него што је штета настала, а рок застарелости почиње да тече према правилу из чл. 376 ЗОО.[34] Посебна правила о застаревању потраживања накнаде штете проузроковане кривичним делом примењују се и када је кривични поступак обустављен због застарелости кривичног гоњења.[35]

ЗОО прописује да потраживање накнаде штете настале повредом уговорне обавезе застарева за време одређено за застарелост те обавезе (чл. 376, ст. 1). Међутим, када је штета проузрокована повредом уговорне обавезе, али радњом која има обележја кривичног дела, потраживање накнаде штете застарева у продуженом року из чл. 377, ст. 1.[36]

Централно питање које се у пракси домаћих судова отвара на овом терену, тиче се важења привилегованог рока из чл. 377, ст. 1 ЗОО. Наиме, судови још увек нису усагласили став о томе да

општих правила ЗОО о прекиду односно застоју застарелости потраживања. Тако Ј. Студин, 1141. Студиново схватање у складу је са интенцијом законодавца да побољша правну позицију оштећеника коме је штета проузрокована кривичним делом.

[33] Пресуда Врховног суда Црне Горе, Гж. 112/56, нав. према Д. Стојановић, 787.

[34] Фрањо Станковић, *Застара потраживања*, Информатор, Загреб 1969, 82, нав. према Ј. Студин, 1141 1142.

[35] „Неосновани су наводи да су нижестепени судови погрешили што су застарелост потраживања накнаде штете оценили са становишта члана 377 ЗОО. Према одредбама тог члана, када је штета проузрокована кривичним делом, а за кривично гоњење постоји дужи рок застарелости, захтев за накнаду штете застарева када истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења. Ова правила важе и када је кривични поступак обустављен због застарелости кривичног гоњења. Застарелост кривичног гоњења не значи непостојање кривичног дела. У том случају парнични суд може да процени да ли у одређеној радњи има обележја кривичног дела, али не ради утврђивања кривичне одговорности (то се може само у кривичном поступку), већ да би применио посебна правила о застарелости захтева за накнаду штете из члана 377 ЗОО". Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2331/96 од 3.7.1996. године, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 4/96, 27.

[36] Тако: Одлука Врховног суда БиХ, Пж. 404/85 од 30.5.1986. године, *Билтен Врховног суда БиХ* 4/86, 14.

ли продужени рок застарелости потраживања накнаде штете која је причињена кривичним делом важи само када је захтев за накнаду штете управљен према штетнику или и онда када је тај захтев управљен према лицу које за штетника одговара.

Ово питање било је спорно још за важења Закона о застарелости потраживања (ЗЗП).[37] Правило из чл. 20 ЗЗП разликовало се од данас важећег правила из чл. 377 ЗОО по томе што у старијој одредби није било три речи: „према одговорном лицу".[38] На проширеној општој седници одржаној 19. октобра 1970. године Врховни суд Југославије заузео је начелно мишљење да рок из чл. 20 ЗЗП не тече само према штетнику као учиниоцу кривичног дела, него и према сваком лицу које одговара за штету коју је такав штетник проузроковао. Међутим, и након тога било је судова који су сматрали да се привилеговани рок застарелости односи само на потраживање накнаде штете од учиниоца кривичног дела.[39]

Одредба чл. 377, ст. 1 требало је да реши ову дилему. Она садржи изричито одређење да је реч о року застарелости права на накнаду штете према одговорном лицу. Ипак, судови су наставили да лутају. Тако је Врховни суд Србије 2006. године сматрао да „рокови застарелости потраживања накнаде штете из члана 377 ЗОО теку само према учиниоцу кривичног дела којим је штета проузрокована, а не према држави односно правном лицу које за штету одговара уместо њега по одредбама члана 172 ЗОО".[40] Исти суд је само годину дана раније нашао да „према чл. 377, ст. 1 ЗОО, када је штета проузрокована кривичним делом, а за кривично гоњење је предвиђен дужи рок застарелости, потраживање накнаде штете према одговорном лицу застарева када истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења. Под одговорним лицем не подразумева се само учинилац кривичног дела, већ и лице које одговара за штету која је учињена кривичним делом, иако оно није учинилац тог дела".[41]

37 Ј. Студин, 1141.

38 „Кад је штета проузрокована кривичним делом, а за кривично гоњење је предвиђен дужи рок застарелости, захтев за накнаду штете застарева кад истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења", чл. 20, ст. 1 ЗЗП.

39 Вид. фн. 4.

40 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1354/06 од 6.9.2006. године. Исто ста новиште, не нужно из истих разлога, домаћи судови заузели су у следећим одлука ма: Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије од 10.2.2004. годи не, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 3/05, 3/08 и 4/08, Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1453/06 од 21.12.2006. године, *Билтен Окружног суда у Београду*, бр. 75/07, Пресуда Другог општинског суда у Београду П 6342/02 од 1.12.2003. годи не и Решење Окружног суда у Београду Гж. 3589/04 од 22.7.2004. године (из архиве аутора).

41 Решење Врховног суда Србије, Рев. 1335/05 и Сгзз. 58/05 од 30.11.2005. године. Исто становиште, не нужно из истих разлога, домаћи судови заузели су у

Судове растерећује негативан одговор на питање да ли се продужени рок застарелости потраживања накнаде штете проузроковане кривичним делом примењује према лицу које одговара по правилима о одговорности за другога. Такав одговор даје им могућност да се не упусте у меритум. Без обзира на сопствено схватање о томе да ли привилеговани рок тече само према учиниоцу кривичног дела или према сваком одговорном лицу, судови понекад истичу да се тај рок може односити само на лице које за штету одговара по основу кривице. Другим речима, поједини судови тврде да се продужени рок застарелости не може применити на одговорно лице у случајевима када је одговорност за другога заснована по објективном принципу. Тада привилеговани рок важи једино према штетнику, у случају да он одговара за скривљене последице властитог чина.[42]

Изложено питање о домашају правила о продуженом року застарелости има смисла само у контексту одговорности за другога. Ту се појмови штетника и одговорног лица раздвајају, па се као штетник квалификује онај ко је својом радњом довео до штете, а као одговорно лице онај ко за штетника одговара. Треба нагласити да категорија одговорности за другога није формирана према правном основу. Она може да буде објективна, субјективна или заснована на правичности. Када је субјективна, одговорност за другога може да буде заснована на претпостављеној или на доказаној кривици.[43]

следећим одлукама: Решење Врховног суда Србије, Рев. 1505/98 од 28.4.1999. године, Решење Врховног суда Србије, Рев. 4138/99 од 13.1.2000. године, Пресуда Општинског суда у Нишу, П. 4369/06 од 3.7.2007. године и Пресуда Окружног суда у Нишу, Гж. 4021/07 од 8.11.2007. године, *Билтен Окружног суда у Нишу* 27/08, Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије од 27. 12. 1999. године, *Билтен Судске праксе Врховног суда Србије* 4/08, Правно схватање парничног одељења Окружног суда у Нишу од 14.6.2005. године, *Билтен Судске праксе Окружног суда у Нишу* 23/06. Исто: Одлука Врховног суда Хрватске, Рев 981/87 од 29.10.1987. године. Вид. такође: „Потраживање накнаде штете проузроковане кривичним дјелом радника застарјева у року предвиђеном за кривично гоњење и према организацији удруженог рада и њеном осигуравачу", Одлука Врховног суда БиХ, Пж. 186/88 од 30.3.1989. године, *Билтен Врховног суда БиХ* 3/89, 10. „Захтев установе социјалног осигурања из СР Њемачке према домаћој осигуратељној организацији за накнаду износа исплаћених њезину осигуранику, кад је штета узрокована казненим дјелом, застарева у застарном року из чл. 377 ЗОО". Одлука Врховног суда Хрватске, Рев. 1652/87 од 2.2.1988. године.

42 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 844/09 од 24. 6. 2009. године, Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1665/07 од 28. 11.2007. године, Правно схватање парничног одељења Окружног суда у Нишу од 14.6.2005. године, *Билтен Судске праксе Окружног суда у Нишу* 23/06.

43 Разноликост основа на којима може да буде заснована одговорност за другога види се из следећег. (1) Одговорност послодавца за запосленог је објективна по правној природи. За њено заснивање не захтева се кривица самог послодавца. Кривица запосленог представља један од услова, али није основ одговорности послодавца, будући да основ субјективне одговорности било којег лица може да буде само

Поједине ситуације наликују одговорности за другога, али то нису. Њих је потребно посебно разјаснити. (1) На првом месту, када је имаоцу опасне ствари ствар одузета на противправан начин, а ималац је одговоран за то што је дошло до противправног одузимања, ималац и лице које му је ствар одузело одговарају према општим правилима о одговорности више лица за штету. Онај ко је ствар противправно одузео имаоцу сада се квалификује као лице које самостално располаже опасном ствари и одговара за штету од те ствари по објективном принципу. Ималац који је одговоран за то што је до противправног одузимања дошло не одговара за другога, него за властито пропуштање да опасну ствар на адекватан начин обезбеди, па се привилеговани рок према њему примењује једино ако се то пропуштање квалификује као кривично дело. (2) Ималац опасне ствари одговара поред лица (а не за лице) коме је поверио ствар да се њоме служи, односно поред лица које је иначе дужно да надгледа ствар (а није код имаоца на раду), ако је штета произашла из неке скривене мане или скривеног својства ствари на које му ималац није скренуо пажњу. Ималац одговара за властито пропуштање да другоме скрене пажњу на скривену ману или својство опасне ства-

---

његова властита кривица, а не кривица другога. Тако Louise Bach, „Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français", *Revue trimestrielle de droit civil* 1/1977, 27. (2) Одговорност за малолетника може по правној природи да буде (а) објективна (одговорност родитеља за штету коју проузрокује дете старо до седам година док је под родитељским надзором), (б) субјективна и то заснована на претпостављеној кривици одговорног лица (одговорност установе којој је мало летник поверен на чување), (в) субјективна и то заснована на доказаној кривици од говорног лица (*culpa in instruendo* из чл. 168, ст. 1 ЗОО), и (г) одговорност по основу правичности (одговорност родитеља из чл. 169, ст. 2 ЗОО). (3) Одговорност за ду шевно болесне и заостале у умном развоју заснована је на претпостављеној криви ци одговорног лица. (4) Код одговорности правног лица за штету коју проузрокује његов орган може се поставити питање да ли је уопште реч о одговорности за дру гога, будући да правно лице не може да делује на други начин него преко својих органа. Орган је саставни део правног лица, а правно лице нема других својих вољних радњи до радњи органа. Тако Владимир Водинелић, „Правна лица", *Увод у грађанско право* (Обрен Станковић, Владимир Водинелић), Номос, Београд 1996, 88. За заснивање одговорности правног лица за штету коју причини његов орган, ЗОО не захтева кривицу било правног лица, било физичког лица у правном лицу. Ипак, судови постављају незаконитост, односно неправилност поступања државног органа као један од услова за заснивање одговорности правног лица. У том смислу, вид. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3927/01, *Судска пракса* 5/2003, Пресуда Окруж ног суда у Ваљеву, Гж 551/01, *Избор судске праксе* 3/2002, Пресуда Окружног суда у Зрењанину, Гж 1518/95, *Судска пракса* 5/1997, Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 5266/00, *Избор судске праксе* 3/2002. Према посебном правилу, за штету коју држав ни службеник на раду или у вези с радом проузрокује трећем лицу незаконитим или неправилним радом одговара Република Србија. Ту је реч о објективној одговор ности државе, будући да се држава не може ослободити одговорности доказујући одсуство властите кривице. Чл. 124 Закона о државним службеницима, *Службени гласник РС*, бр. 79/05, 64/07, 116/08 и 104/09.

ри, па се привилеговани рок према њему примењује једино ако се то пропуштање квалификује као какво кривично дело. (3) На крају,ималац опасне ствари који ствар повери лицу које није оспособљено или овлашћено да њоме рукује, одговара за штету која потекне од те ствари. Ималац ни овде не одговара за другога, него као да је опасну ствар сам употребио. Његова одговорност је објективна по правној природи. Исто важи ако је опасну ствар употребило лице које је запослено код имаоца и које се, као такво, не квалификује као треће лице (чл. 170, ст. 3 и чл. 177, ст. 5 ЗОО).

Ако се прихвати да продужени рок застарелости потраживања накнаде штете проузроковане кривичним делом тече како према самом штетнику, тако према лицу које за њега одговара (а о разлозима за прихватање тог става биће речи доцније), онда на примену тог рока не би требало да утиче основ одговорности за другога.[44] Погрешно је схватање да привилеговани рок застарелости важи само када одговорно лице за штету одговара по основу кривице. Штавише, ни основ одговорности самог штетника не би требало да утиче на важење привилегованог рока, било да штетник одговара за себе, било да неко други одговара за штетника.[45]

Два услова се кумулативно захтевају за примену привилегованог рока застарелости. Први услов је да је штета проузрокована кривичним делом, а други да је рок застарелости кривичног гоњења за то дело дужи од рока застарелости потраживања накнаде штете. Штетник може бити објективно одговоран за штету коју је проузроковао кривичним делом. На пример, кривица имаоца опасне ствари правно је ирелевантна приликом утврђивања његове грађанскоправне одговорности за штету од опасне ствари, иако се можда употреба опасне ствари којом је штета причињена истовремено квалификује као кривично дело. И у том случају треба да важи привилеговани рок застарелости потраживања накнаде штете. Поред тога, одговорно лице може бити објективно одговорно за штету коју штет-

[44] Исто важи за осигуравача: „Када је штету проузроковао туженилков осигу раник кривичним делом, рок застарелости захтева за накнаду штете је онај који је прописан за застарелост кривичног гоњења за то кривично дело. Тај рок важи како за возача возила, тако за осигуравајућу организацију". Пресуда Општинског суда у Нишу, П. 4369/06 од 3.7.2007. године и Пресуда Окружног суда у Нишу, Гж. 4021/07 од 8.11.2007. године, *Билтен Окружног суда у Нишу* 27/08. Вид. такође: „Право оси гуравача на регрес исплаћене накнаде штете осигуранику застарева према одговор ном лицу у истом року као право оштећеног лица за накнаду штете од штетника". Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 5138/02 од 18.2.2004. године.

[45] Неки судови сматрали су супротно: „Застарни рок из чл. 377 ЗОО тече само у односу на штетника који за штету одговара по основу кривице, а у случају одговорности за другог застарни рок може се рачунати само према општем пропису из чл. 376 ЗОО". Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 1990/09 од 17.9.2009. годи не.

ник проузрокује кривичним делом. У тој конструкцији, могуће је да постоји и одговорност самог штетника. Примера ради, послодавац одговара за штету коју запослени проузрокује трећем лицу на раду или у вези са радом. Одговорност послодавца је објективна, будући да је постојање кривице самог послодавца правно ирелевантно. Одговорност штетника може се засновати на доказаној намери. Према обојици важи привилеговани рок застарелости потраживања накнаде штете. При том, није од значаја ни то што одговорно лице у неким случајевима не може бити субјект кривичног дела.

4.1. Разлози за примену привилегованог рока застарелости потраживања накнаде штете према сваком одговорном лицу

Продужени рок застарелости из чл. 377 ЗОО треба да важи према сваком одговорном лицу, (1) независно од основа његове одговорности за штету (а то могу да буду кривица, створени или одржавани ризик или правичност), (2) без обзира на то да ли одговорно лице одговара за себе или за другога, (3) увек када је штета причињена кривичним делом. Интензитет друштвене опасности изазване кривичним делом није од значаја за примену продуженог рока застарелости. Бројни разлози говоре у прилог примени овога рока према свим лицима која одговарају за штету проузроковану кривичним делом. Ту долазе језички, историјски, телеолошки, разлози економичности и други.

4.1.1. Језичко и историјско тумачење

Важење одредбе о привилегованом року застарелости било је спорно за време важења ЗЗП. Врховни суд Југославије је 19. октобра 1970. године на проширеној општој седници заузео став да се рок застарелости потраживања накнаде штете проузроковане кривичним делом продужава према сваком за ту штету одговорном лицу. Законодавац је 1978. године прихватио став Врховног суда Југославије и разјаснио спорно законско правило речима „према одговорном лицу“. У важећем законском правилу не помињу се ни штетник, ни учинилац кривичног дела, него управо одговорно лице, што сведочи о намери законодавца да прихвати поменуто схватање Врховног суда Југославије.

Подсетимо се још једном слова важећег закона. Према одредби чл. 377, ст. 1 ЗОО, када је штета проузрокована кривичним делом, а за кривично гоњење је предвиђен дужи рок застарелости, потраживање накнаде штете према одговорном лицу застарева кад истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења. Законодавац користи речи „према одговорном лицу“ да ближе одреди потраживање које

застарева у продуженом року. Управо по тим речима наведено правило ЗОО разликује се од правила из чл. 20 некадашњег ЗЗП.

Када је имао прилику да разјасни ситуацију која је судове доводила у недоумицу у погледу важења продуженог рока застарелости, законодавац је прецизирао да је реч о застарелости права на накнаду штете према одговорном лицу. Као одговорно лице из чл. 377, ст. 1 ЗОО могу да се квалификују (1) сам штетник који одговара за последице властитог чина, ако тај чин уједно представља кривично дело, (2) неко друго лице које одговара за таквог штетника по правилима о одговорности за другога, (3) ималац опасне ствари или лице које обавља опасну делатност, ако се употреба опасне ствари (укључујући остављање опасне ствари у одређеном положају) или вршење опасне делатности у конкретном случају квалификују као кривично дело.[46]

Комисија за израду грађанског законика[47] понудила је на јавну расправу три предлога о томе како би правило о привилегованом року застарелости требало да гласи у будућој српској грађанској кодификацији.[48] Према првом предлогу, правило би требало да остане исто. Други предлог подразумева брисање речи „према одговорном лицу," то јест повратак на спорну одредбу чл. 20 ЗЗП. Према трећем предлогу, речи „према одговорном лицу" треба заменити речима „према штетнику" и тако учинити неспорним да се рок застарелости продужава само према лицу које је проузроковало штету кривичним делом, а не према ономе ко за то лице одговара. Из ових предлога произлази да сама Комисија прихвата да употреба речи одговорно лице проширује смисао спорне одредбе, односно да језичко тумачење законске одредбе какву имамо данас налаже да се привилеговани рок застарелости примени не само на штетника, него на један проширени круг лица.

4.1.2. Циљно тумачење

Основни циљ односно сврха одговорности за причињену штету састоји се у постављању оштећеника у имовинскоправну позицију

46 Ту долазе у обзир и (1) ималац опасне ствари који је одговоран за то што му је ствар противправно одузета, ако се његово пропуштање да ствар обезбеди квалификује као кривично дело, као и (2) ималац опасне ствари који је пропустио да скрене пажњу на скривено својство или ману ствари лицу коме је поверио ствар да се њоме служи, или лицу које је иначе дужно да надгледа ствар, ако се то пропуштање квалификује као кривично дело.

47 Ова комисија формирана је 2006. године одлуком Владе Републике Србије, вид. Одлука о образовању посебне Комисије ради кодификације грађанског права и израде Грађанског законика, *Службени гласник РС*, бр. 104/06, 110/06 и 85/09.

48 Комисија за израду Грађанског законика, *Преднацрт. Грађански законик Републике Србије. Друга књига. Облигациони односи*, Влада Републике Србије, Београд 2009, 143.

у којој би се налазио да му штета није причињена, односно у томе да се оштећенику пруже материјална добра која ће му омогућити да, прибављањем каквог задовољства по сопственом избору, лакше поднесе морални губитак који му је коначно нанет и који се не може поправити.[49] Ово су интереси оштећеника без обзира на то ко има да поднесе коначне имовинскоправне ефекте штетног догађаја. Установом одговорности правни поредак штити одређене приватне интересе оштећеника, што посредно задовољава и неке шире, друштвене интересе као што су учвршћивање друштвеног реда и превенција антисоцијалног понашања.[50] Описани интереси не мењају се у зависности од тога на кога пада обавеза накнаде штете. На њихов значај не утиче то што накнаду исплаћује неко други (одговорно лице у конструкцији одговорности за другога, осигуравач), а не сам штетник. Другим речима, привилегованим роком застарелости пружа се јача заштита оштећенику којем је штета проузрокована кривичним делом. Оштећеник би требало да има право на такву заштиту без обзира на то ко је, у крајњем исходу, дужан да му накнади штету – штетник, лице које одговара за штетника или осигуравач.

Поред циља односно друштвене сврхе установе одговорности за штету, у обзир треба узети циљ односно друштвену сврху установе застарелости,[51] као и разлоге из којих законодавац продужава рок застарелости права на накнаду штете када је она проузрокована кривичним делом.

Пасивност повериоца у дужем периоду, под условом да је за то време поверилац могао да се користи својим правом па је изабрао да то не чини, указује на његову равнодушност у погледу остваривања властитог субјективног права. Ако у једном дужем року по доспелости поверилац не захтева од дужника да испуни своју обавезу, онда постоје основани разлози да дужник и остали учесници у правном промету разумно претпоставе да поверилац више није заинтересован да своје право врши, односно да догађај из којег је то право настало за повериоца представља окончану ствар. Установа застарелости штити интересе оних који разумно претпоставе да је поверилац, који се дуже време немарно односи према сопственом праву, изгубио интерес за то право. Поред тога, у општем је интересу да се спорне ситуације што брже разреше, односно да стање неизвесности у погледу основаности неког захтева не траје дуже него што је неопходно. Установа застарелости даје ефикасно средство дужнику да након

---

[49] Више о сврси установе одговорности за причињену штету, а посебно одго ворности која се заснива на кривици, вид. Марија Караникић Мирић, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву* (предговор М. Орлић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 301 и даље.

[50] André Tunc, *La responsabilité civile*, Economica, Paris 1999^2, 133.

[51] Вид. фн. 6.

одређеног времена одбије захтев повериоца, па макар тај захтев био утемељен. На тај начин правни поредак подстиче повериоца да се стара о својим правима. Да тога нема, спорови о субјективним правима могли би се вући у недоглед, што је скупо и угрожава правну сигурност.

Законодавац продужава рок застарелости потраживања накнаде штете у случају да је штета проузрокована кривичним делом. Разлози за то су бројни. Они стоје, без обзира на то да ли је захтев за накнаду штете управљен према штетнику или према ономе ко за штету одговара по правилима о одговорности за другога.

(1) Законодавац је омогућио да се у кривичном поступку истакне захтев за накнаду штете проузроковане кривичним делом, што оштећеници по правилу чине. Разлози економичности говоре томе у прилог. То што потраживање накнаде штете проузроковане кривичним делом застарева у року у коме застарева кривично гоњење, у складу је са идејом законодавца да суд пред којим се води кривични поступак одлучи и о имовинскоправном који је настао услед извршења кривичног дела.

(2) Када је штета причињена кривичним делом, оштећеник може имати неке посебне, личне разлоге да не покреће парницу у кратком року од три године од сазнања за штету и штетника. Могуће је да оштећеник пропушта да врши своје право не зато што је према њему индиферентан, него зато што се устручава, прибојава да захтева накнаду од онога ко му је штету нанео кривичним делом или од лица које за таквог штетника одговара. Оштећенику је лакше да захтев за накнаду штете истакне када се против штетника већ води кривични поступак.

(3) Продужење рока застарелости има, у одређеном смислу, казнени карактер. Оно указује на посебан однос правног поретка према лицу које кривичним делом другоме нанесе штету. Исти, посебан, однос заврeђује онај ко за таквог штетника одговара. Поједини судови одбијали су да примене продужени рок застарелости у случају да одговорно лице одговара по објективном принципу, односно без обзира на властиту кривицу. То схватање судова је интуитивно, али супротно циљу односно друштвеној сврси продуженог рока застарелости. Наиме, ако је законодавац сматрао да постоје разлози да једно лице без властите кривице одговара за штету коју проузрокује неко други, онда нема места за накнадну болећивост судова у погледу рока у коме је потраживање према том лицу утуживо. Ако одсуство кривице одговорног лица не утиче на постојање његове одговорности, онда не би требало да утиче ни на време у којем застарева потраживање оштећеника према њему. Другим речима, право на накнаду штете према одговорном лицу треба да застарева у истом року

као право према штетнику, тим пре што се за заснивање одговорности одговорног лица не захтева његова властита кривица.

4.1.3. Разлози економичности

Ако је одређени имовинскоправни захтев настао услед извршења кривичног дела, а ту долазе захтеви за накнаду штете, повраћај ствари или поништење каквог правног посла, онда лице које је овлашћено да имовинскоправни захтев остварује у парници, може исти захтев да истакне у кривичном поступку, најкасније до завршетка главног претреса пред првостепеним судом и то под условом да се на тај начин не одуговлачи кривични поступак.[52] Протеком одређеног времена од извршења кривичног дела наступа немогућност да се против одређеног лица покрене или води кривични поступак. ЗОО продужава време у којем иначе застарева потраживање накнаде штете до застарелости кривичног гоњења. Ако не застарева кривично гоњење за дело којим је причињена штета,[53] онда не застарева ни потраживање накнаде тако проузроковане штете. Оштећениково право треба да остане утуживо све док је могуће покренути кривични поступак, између осталог и зато што је економичније водити један поступак него два. У противном, оштећеник који не жели да ризикује да му због дужине трајања кривичног поступка застари потраживање накнаде штете, не може мирно да чека одлуку кривичног суда о имовинскоправном захтеву, него мора да се упусти у парницу.

4.1.4. Остали разлози

Нема места за бојазан да се ширим тумачењем одредбе чл. 377, ст. 1 ЗОО претерано шири круг потенцијално одговорних лица. Од тумачења те одредбе не зависи одговор на питање ко може да одговара, већ само за које време застарева право на накнаду штете према лицима која су свакако одговорна.

---

[52] Вид. чл. 232 243 Законика о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 46/06, 49/07, 122/08, 72/09 и 76/10. Вид. такође: „Ако је у кривичном поступку донета одбијајућа пресуда, као и ако је донета ослобађајућа пресуда, а оштећени упућен да свој имовинскоправни захтев остварује у парници, сматра се да је истицањем одштетног захтева у кривичном поступку прекинут рок застарелости потраживања накнаде штете, под условом да се тужба редовном суду поднесе у року од три месеца од правноснажности одлуке кривичног суда“. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1623/04 од 3.6.2004. године.

[53] Кривично гоњење и извршење казне не застаревају за геноцид, злочин против човечности, ратни злочин против цивилног становништва, ратни злочин против рањеника и болесника, ратни злочин против ратних заробљеника, као ни за кривична дела за која по ратификованим међународним уговорима застарелост не може да наступи. Вид. чл. 180 Кривичног законика*, Службени гласник РС* бр. 85/05, 72/09 и 111/09.

Није спорно, дакле, да оштећеник потражује накнаду штете од лица које је за штету одговорно. Код одговорности за другога то ће, по дефиницији, бити неко други а не сам штетник. Онај ко тврди да потраживање оштећеника према одговорном лицу треба да застари пре потраживања према штетнику, треба да наведе разлоге на којима се та тврдња заснива. Аргумент који су до сада у том смислу наводили поједини домаћи судови више је него слаб. Судови су тврдили да је одговорност послодавца односно правног лица (укључујући државу) за штету коју причини њихов запослени односно орган, објективна по својој правној природи, те да се због тога не може узети да за њих важи продужени рок застарелости.[54]

То схватање наших судова није засновано на ваљаним разлозима. Прво, за примену чл. 377, ст. 1 не захтева се кривична одговорност, па ни кривична способност, одговорног лица, него самог штетника. Друго, продужени рок важи и према оном штетнику који одговара објективно за штету коју је проузроковао кривичним делом. Ако за примену продуженог рока није потребно да грађанскоправна одговорност самог штетника за штету причињену кривичним делом буде заснована на кривици, онда је још мањег битно да грађанскоправна одговорност лица које за штетника одговара буде субјективна по правној природи. Поред свега наведеног, продужење рока застарелости има одређене ретрибутивне елементе који треба да делују не само према штетнику него и према лицу које за штетника одговара, управо из разлога из којих оно уопште одговара за штету коју је проузроковао неко други.[55]

На крају, прописујући продужени рок застарелости за случај када је штета причињена кривичним делом, законодавац је манифестовао намеру да различито третира различите штетнике, односно да строже постави одговорност штетника који је штету проузроковао кривичним делом. Исто важи за лица која за такве штетнике одговарају. Интенција законодавца била је да у различитим роковима застаревају потраживање према лицу које одговара за другога и потраживање према лицу које одговара за другога који је штету причинио кривичним делом. Законодавац с разлогом строже третира овог потоњег. Нема основа да судови у то сумњају и да мењају значење речима које је законодавац изричито употребио.

---

[54] Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије од 10.2.2004. године, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 3/05, 3/08 и 4/08, Правно схватање парничног одељења Окружног суда у Нишу од 14.6.2005. године, *Билтен судске праксе Окружног суда у Нишу* 23/06.

[55] Исто се може рећи за установу из чл. 189, ст. 5 ЗОО, тј. могућност да суд одреди висину накнаде према вредности коју је за оштећеника имала ствар уништена или оштећена кривичним делом учињеним са умишљајем.

5. ПОСТОЈАЊЕ КРИВИЧНОГ ДЕЛА КАО ПРЕТХОДНО ПИТАЊЕ

У пракси домаћих судова спорно је може ли се продужени рок застарелости потраживања накнаде штете применити у случају да постојање кривичног дела којим је проузрокована штета није утврђено правноснажном кривичном пресудом, односно може ли парнични суд, за потребе утвиђивања испуњености услова за примену продуженог рока застарелости потраживања накнаде штете, да решава о постојању кривичног дела као претходном питању.

Ова дилема постојала је још за време важења поменутог ЗЗП. Тако је Врховни суд Србије 1964. године сматрао да се рок застарелости из чл. 20 ЗЗП може применити само ако је постојање кривичног дела утврђено у кривичном поступку. Изузетно се у парничном поступку може утврђивати постојање кривичног дела из којег је настала штета ако је кривични поступак обустављен, или се није могао покренути због тога што је окривљени умро или душевно оболео, или је дошло до амнестије или помиловања, или ако постоје друге околности које искључују кривичну одговорност или кривично гоњење окривљеног.[56]

И Врховни суд Србије сматрао је да право на накнаду штете застарева у продуженом року само ако је постојање кривичног дела утврђено у кривичном поступку, а изузетно у парничном поступку, ако је окривљени умро или душевно оболео или ако постоје друге околности које искључују кривично гоњење и одговорност окривљеног.[57]

У једној одлуци ваљевског Окружног суда стоји да се питање да ли постоји кривично дело, што представља услов за примену привилегованог рока застарелости потраживања накнаде штете, може решавати у парничном поступку само ако су постојале процесне сметње да се кривични поступак покрене или оконча. Ако је до обустављања кривичног поступка дошло због тога што је овлашћени тужилац одустао од кривичног гоњења због промене кривичног закона и примене правила да се у кривичном поступку увек примењује закон блажи по окривљеног, парнични суд не може да испитује као претходно питање да ли је штета проузрокована радњом која у себи

---

[56] Одлука Врховног суда Србије, Гж. 1406/64, нав. према Ј. Студин, 1142.

[57] Одлука Врховног суда Србије, Гж. 600/82, Томислав Крсмановић, *Актуелна судска пракса из грађанско материјалног права*, Пословни биро, Београд 2003, 379. Вид. такође: „У случају када је кривично дело којим је проузрокована штета декри минисано прије окончања кривичног поступка, застара потраживања просуђује се према одредбама чл. 376 ЗОО". Одлука Врховног суда БиХ, Рев 648/87 од 21.9.1988. године, *Билтен Врховног суда БиХ* 1/89, 41.

садржи елементе кривичног дела, већ мора да примени општа правила о застарелости потраживања накнаде штете из чл. 376 ЗОО.[58]

У скорашњим одлукама по уставним жалбама Уставни суд Србије сматрао је да се продужени рок застарелости може применити само у случају да је правноснажном пресудом кривичног суда утврђено постојање кривичног дела којим је уједно причињена штета. У случају да кривични поступак није покренут, могу се применити једино општа правила о застарелости потраживања накнаде штете из чл. 376 ЗОО.[59]

Дакле, према изложеним схватањима, за примену привилегованог рока застарелости потраживања накнаде штете неопходно је да се правноснажном пресудом донетом у кривичном поступку утврди да је учињено кривично дело, а парнични суд може да утврђује постојање кривичног дела једино ако постоје сметње за покретање односно вођење кривичног поступка. Као аргумент ту се наводи уставом гарантована претпоставка невиности, односно да се свако сматра невиним за кривично дело док се његова кривица не утврди правноснажном одлуком суда.[60] У одсуству осуђујуће кривичне пресуде, судови су склони да закључе да парнични суд једино може да примени опште рокове застарелости потраживања накнаде штете из чл. 376 ЗОО. Поред тога, за судове није спорно да је парнични суд везан правноснажном ослобађајућом пресудом кривичног суда. Ако таква пресуда постоји, не може се применити продужени рок застарелости из чл. 377 ЗОО, већ потраживање накнаде штете застарева по правилима из чл. 376 ЗОО.[61]

5.1. Услови под којима парнични суд утврђује постојање кривичног дела као претходно питање

Услови за примену привилегованог рока застарелости права на накнаду штете су следећи: (1) штета мора да буде проузрокована кривичним делом, и (2) рок застарелости гоњења за то кривично дело мора да буде дужи од општих рокова застарелости потраживања накнаде штете из чл. 376 ЗОО. У погледу важења привилегованог

[58] Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. 1299/04 од 27.9.2004. године.

[59] Уж 583/08, Уж 345/08. Вид. фн. 5.

[60] У позитивном праву Републике Србије то је чл. 34, ст. 3 Устава. Вид. такође: Одлука Врховног суда Хрватске, Рев. 1835/83 од 29.2.1984. године, Одлука Врховног суда БиХ, Гж. 903/72 од 2.11.1972. године, Одлука Врховног суда БиХ, Пж. 245/82 од 16.11.1982. године, Одлука Вишег привредног суда Србије, Пж. 2829/79 од 12.12.1979. године. Ове четири одлуке наведене су према: Б. Познић (2009), 58. Више о томе вид. у одељку 5.2. овога рада.

[61] Пресуде Врховног суда Србије, Рев. 303/01 од 30.5.2001. године и Рев. 3050/08 од 6.11.2008. године.

рока застарелости из чл. 377, ст. 1 ЗОО, постојање кривичног дела за парнични суд представља претходно (прејудицијално, инцидентно) питање. Реч је о питању постоји ли један правни однос који није предмет спора, али од кога зависи мериторна одлука парничног суда.[62] Оно логички претходи решењу меритума, односно одлуци о основаности тужбеног захтева.[63] Реч је о питању које је само подобно да буде главно питање у неком другом поступку.[64]

Парнични суд везан је пресудом кривичног суда којом је о ствари која за парнични суд представља претходно питање одлучено као о главној ствари. Другим речима, када постоји правноснажна осуђујућа или ослобађајућа пресуда кривичног суда, она производи дејство материјалне правноснажности, па парнични суд не може самостално да утврђује постојање кривичног дела, него је везан таквом пресудом кривичног суда. Правноснажна осуђујућа пресуда кривичног суда обавезује парнични суд да примени привилеговани рок застарелости права на накнаду штете проузроковане кривичним делом (чл. 377, ст. 1 ЗОО). Правноснажна ослобађајућа пресуда кривичног суда обавезује парнични суд да примени опште рокове застарелости потраживања накнаде штете (чл. 376, ст. 1 и 2 ЗОО).

Када о претходном питању није правноснажно одлучено, односно када не постоје ни осуђујућа нити ослобађајућа одлука кривичног суда, парнични суд може самостално да одлучи о претходном питању, или да прекине поступак и сачека исход кривичног поступка који је у току.[65] Овлашћење да одлучи о постојању кривичног дела дато је парничном суду из разлога економичности, како би се избегло дуго чекање на правноснажну одлуку кривичног суда о основаности оптужбе.

Дакле, парнични суд може да одлучује о постојању кривичног дела као претходном питању само ако не постоји правноснажна

[62] Б. Познић (2009), 58. Вид. такође Боривоје Познић, „Утицај кривичне пре суде на парницу“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 3/1991, 249 263.

[63] Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универ зитета у Београду и Службени гласник, Београд 2008, 417. О мешовитом систему решавања претходног питања који је прихваћен у српском праву, вид. такође код А. Јакшића, 418 420.

[64] Боривоје Познић, „Претходно питање“, *Грађанско процесно право* (Бори воје Познић, Весна Ракић Водинелић), Савремена администрација, Београд 1999, 218.

[65] Б. Познић (2009), 58. Вид. чл. 12 Закона о парничном поступку. На који ће од ова два начина парнични суд да поступи, ствар је оцене целисходности. Б. Познић (1999), 209. Исто А. Јакшић, 419. Према чл. 253, ст. 1 Законика о кривичном поступку, сви државни органи, органи територијалне аутономије и локалне самоуправе, јавна предузећа и установе дужни су да пријаве кривична дела за која се гони по службеној дужности, о којима су обавештени или за њих сазнају на други начин.

пресуда којом се кривични суд изјаснио о основаности оптужбе.[66] То може да буде случај (1) када кривични поступак није ни покренут, или (2) када је кривични поступак покренут, али још увек није окончан, или (3) када је кривични поступак вођен и окончан одбијајућом пресудом.[67] Ако кривични суд накнадно правноснажно реши о основаности оптужбе, странка може, у року од тридесет дана од дана када јој је достављена кривична пресуда, да поднесе предлог за понављање правноснажно окончаног парничног поступка.[68] Ако је кривични поступак правноснажно окончан одбијајућом пресудом, парнични суд не може да прекине поступак, већ само да одлучи о постојању кривичног дела као о претходном питању.[69] Изузетак у том смислу постоји када кривични суд изрекне одбијајућу пресуду због тога што је оптужени за исто дело већ правноснажно осуђен или ослобођен оптужбе. Тада парнични суд неће бити слободан да одлучује о постојању кривичног дела као претходном питању, него ће бити везан постојећом правноснажном осуђујућом односно ослобађајућом пресудом кривичног суда.

Поједини аутори сматрају да парнични суд није везан ослобађајућом пресудом кривичног суда када одлучује о испуњености услова за примену привилегованог рока застарелости из чл. 377, ст. 1 ЗОО.[70] Овај став последица је пропуштања да се уочи да правноснажна кривична пресуда може да утиче на грађанскоправни спор у две различите ситуације о којима је писао Познић:[71]

---

66 Када је пресуда кривичног суда укинута поводом ванредног правног лека, за парнични суд то је исто као да не постоји правноснажна одлука кривичног суда којом се кривични суд изјаснио о основаности оптужбе. Када је пресуда кривичног суда преиначена, парнични суд је везан коначним изјашњењем кривичног суда о основаности оптужбе. Акт амнестије или помиловања након доношења осуђујуће кривичне пресуде немају утицаја на примену привилегованог рока застарелости потраживања накнаде штете.

67 Пресуду којом се оптужба одбија суд ће изрећи ако је тужилац од започињања до завршетка главног претреса одустао од оптужбе или је оштећени одустао од предлога за гоњење; ако је оптужени за исто дело већ правноснажно осуђен, ослобођен оптужбе или је оптужба против њега правноснажно одбијена или је кривични поступак против њега решењем правноснажно обустављен; ако је оптужени актом амнестије или помиловања ослобођен од кривичног гоњења; ако се кривично гоњење не може предузети због застарелости, или неке друге околности која трајно искључује кривично гоњење. Чл. 378 Законика о кривичном поступку.

68 Вид. чл. 422, ст. 1, тач. 8 и чл. 424, ст.1, тач. 5 Закона о парничном поступку.

69 Б. Позник (2009), 59.

70 Живомир С. Ђорђевић, *Облигационо право* (Живомир С. Ђорђевић, Влад ан С. Станковић), Научна књига, Београд 1987, 497. Разлози које Ђорђевић наводи јесу различитост принципа на којима почивају грађанскоправна и кривичноправна одговорност и различитост схватања о кривици у грађанском и кривичном праву. Међутим, ако из тога произлази да ослобађајућа пресуда кривичног суда не везује парнични суд, онда би исто морало да важи за осуђујућу пресуду кривичног суда.

71 Б. Позник (2009), 45 46 и 58 59.

(1) Када су кривичном пресудом утврђене чињенице од којих зависи основаност тужбеног захтева у парничном поступку, парнични суд везан је осуђујућом пресудом кривичног суда, док ослобађајућом кривичном пресудом није везан.[72] Такав је случај када један животни догађај доводи до покретања и кривичног и парничног поступка. Када су утврђења кривичног суда о том догађају садржана у осуђујућој пресуди, онда та утврђења обавезују парнични суд. Примера ради, ако се испуштање отровних материја у реку истовремено квалификује као радња кривичног дела и као штетна радња, онда је парнични суд везан утврђењем кривичног суда о околностима тог догађаја, које је садржано у правноснажној осуђујућој пресуди. Ако је утврђење о околностима истог догађаја садржано у правноснажној ослобађајућој пресуди кривичног суда, оно не везује парнични суд.

(2) Другачије је када постојање кривичног дела представља један од елемената чињеничног стања из кога по закону настаје или престаје субјективно право о којем одлучује парнични суд. Такав је случај продужени рок застарелости потраживања накнаде штете из чл. 377, ст. 1 ЗОО, као и могућност да суд одреди накнаду у износу који је ствар уништена или оштећена кривичним које је учињено са умишљајем из чл. 189, ст. 4 ЗОО.[73]

5.2. Домашај одлуке парничног суда о постојању кривичног дела

Могућност да парнични суд одлучи о постојању кривичног дела као претходном питању дата је из разлога економичности. Правно дејство одлуке парничног суда о постојању кривичног дела ограничено је на поступак у коме је та одлука донета. Одлука о претходном питању не производи дејство материјалне правноснажности.[74] Она се уноси у разлоге пресуде парничног суда, а не у њену изреку, те није обухваћена правном снагом пресуде. Будући да је значај одлуке парничног суда о постојању кривичног дела као претходном питању ограничен на поступак који пред тим судом тече, та одлука не може да доведе до тога да се штетник огласи кривим, нити да му се изрекне кривична санкција, нити да он сноси последице осуде за кривично дело.

Ако до закључења главне расправе тужилац поднесе инцидентни (прејудицијални) захтев за утврђење условљавајућег односа, односно ако до истог тренутка тужени поднесе прејудицијалну

---

[72] Чл. 13 Закона о парничном поступку.

[73] За Став супротан Познићевом вид. Оливер Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, Београд 2008, 474.

[74] Б. Познић (2009), 59; Б. Познић (1999); 209, А. Јакшић, 420.

противтужбу, претходно питање добија значај предмета спора пред парничним судом. У том случају, одлука о условљавајућем односу биће обухваћена правном снагом пресуде. Међутим, до тога не може да дође ако парнични суд није надлежан да о претходном питању одлучује као о предмету посебног спора. Другим речима, претходно питање постојања кривичног дела није грађанскоправне природе, парнични суд о њему не може одлучивати као о предмету посебног спора, па зато одлука парничног суда о том питању не може имати дејство материјалне правноснажности ни по инцидентном захтеву тужиоца односно противтужби туженог.

У том смислу не стоје аргументи појединих судова да је овлашћење парничног суда да одлучи о постојању кривичног дела противно уставној гаранцији правне сигурности у казненом праву и, посебно, уставом гарантованој претпоставци невиности.[75]

6. ЗАКЉУЧАК

Одредбом чл. 20, ст. 1 Закона о застарелости потраживања (1953) прописано је да право на накнаду штете проузроковане кривичним делом застарева кад истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења, ако је за кривично гоњење предвиђен дужи рок застарелости. Приликом доношења Закона о облигационим односима (1978), законодавац је прецизирао да је реч о потраживању накнаде штете према одговорном лицу (чл. 377, ст. 1 ЗОО).

Међутим, ово разјашњење није помогло домаћим судовима да се сложе око одговора на питање да ли продужени рок застарелости права на накнаду штете проузроковане кривичним делом важи само када је захтев за накнаду штете управљен према штетнику или и онда када је управљен према лицу које за штетника одговара. И друго, судови су наставили да дају разнолике одговоре на питање под којим условима је парнични суд овлашћен да, за потребе примене поменутог продуженог рока застарелости, утврђује постојање кривичног дела као претходно питање.

Треба узети да се правило о продуженом року застарелости потраживања накнаде штете причињене кривичним делом примењује како према штетнику који је то кривично дело учинио, тако према лицу које за таквог штетника одговара по правилима о одговорности за другога. Разлози за то су бројни. Ту долазе језички и историјски аргументи, разлози који се тичу сврхе установе одговорности за

[75] Вид. фн. 60.

причињену штету и сврхе продуженог рока застарелости, као и разлози економичности.

И друго, постојање кривичног дела за парнични суд овде представља једно претходно питање, а то је питање о постојању правног односа који није предмет спора, али од којег зависи мериторна одлука парничног суда. У том смислу, суд је овлашћен да у парничном поступку решава о постојању кривичног дела као о претходном питању, изузев ако постоји правноснажна пресуда којом се кривични суд изјаснио о основаности оптужбе. Дејство одлуке парничног суда о постојању кривичног дела ограничено је на поступак у коме је донета, па се том одлуком не повређује уставом гарантована претпоставка невиности.

Dr. Marija Karanikić Mirić

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

PRESCRIPTION CONCERNING DAMAGES CLAIMS IN CASE OF DAMAGE CAUSED BY A CRIMINAL ACT

Summary

Two questions are in the main focus of this paper. Firstly, whether the prolonged prescription period in case of damage caused by a criminal act (Art. 377, para 1, Serbian Law on Obligations) runs solely against a wrongdoer, or also against a person who is vicariously liable for damage caused by the wrongdoer. Secondly, whether civil courts may decide on the existence of a criminal act as a preliminary issue or not, and if they may, under what conditions. The practice of national courts with respect to these issues is unsettled for the past sixty years, and the national Civil Code Drafting Commission has not, as yet, put out a final proposal of a rule on prolonged prescription period. On the first matter, the author offers linguistic, historical, functional, economic and other arguments supporting the idea that the extended prescription period should run both against the wrongdoer who has caused damage by performing a criminal act, and against person liable for the consequences of the wrongdoer's actions, irrespective of grounds of their civil liabilities. Furthermore, the author maintains that question of whether a criminal act was performed by the wrongdoer or not, may be resolved before civil courts as a prelimi-

nary issue, except for the case where criminal court has decided on the merits, *i.e.* handed down either a condemnatory, or a verdict of acquittal.

Key words: *Damage caused by criminal act. – Prescription – Claim against vicariously liable person. – Claim against wrongdoer. – Criminal act as preliminary issue in civil proceedings.*

УДК 341.4

Др Бранислав Ристивојевић*

УТИЦАЈ ПОЛИТИКЕ НА РАЗВОЈ И УОБЛИЧАВАЊЕ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

Наука је одавно означила неколико препрека у развоју и уобличавању међународног кривичног права. Рад је посвећен осветљавању односа политике, као једне од најснажнијих таквих препрека, и међународног кривичног права, односно установа његовог правосуђа. Историја међународног кривичног права је историја политичког утицаја у њено уобличавање и примену, с тим да је она једина препрека која има двојаки утицај на међународно кривично право. Утицај политике је колико терет за међународно кривично право, толико је и нужан за њено постојање. Осим што спречава, она истовремено и подстиче њен развој. Право и политика су нераскидиво везани у међународном кривичном праву. Неопходни су једно другом да би међународно кривично право деловало, али се налазе у сталном сукобу у којем политика преовладава и спутава право.

Кључне речи: *Међународно кривично право. Међународни кривични суд. Ad hoc трибунали. Политика.*

1. УВОД

Развој и уобличавање међународног кривичног права сусрећу се са мноштвом препрека које доводе у питање и саму будућност ове правне гране.[1] Те препреке су бројне и разноврсне. Свака грана права која жели да буде међународна у првом реду мора да надвлада суверенитет држава.[2] Такође, она мора да буде способна да премости

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, *B.Ristivojevic@pf.uns.ac.rs*.

[1] Фихтелберг сматра да се у међународном кривичном праву преклапају различите правне и политичке традиције и различите културе и да оно мора да над њима има превласт, Aaron Fichtelberg, „Liberal Values in International Criminal Law“, *Journal of International Criminal Justice* 1/2008, 11.

[2] Државе љубоморно чувају за себе право кажњавања (*ius puniendi*) као једну од најочитијих одлика суверенитета.

разлике у културама и правним системима својственим појединим деловима света. Као једна од најзначајнијих оваквих препрека одавно је означена и политика.[3] Управо она ће бити средиште овог рада.

Историја међународног кривичног права је историја политичког уплива у њено уобличавање и примену, с тим да је она једина препрека за коју се у доктрини тврди да има двојаки утицај на међународно кривично право. Уплив политике је колико терет за међународно кривично право, толико је и нужан за њено постојање и деловање.

Првенствени задатак овог рада је да истражи везу политике и међународног кривичног права, односно међународног кривичног правосуђа. На које се све начине оличава ова веза, односно који су све појавни облици ове везе? Који су механизми за вршење тог утицаја? Да ли су све последице ове везе намераване или су неке случајне?

Посебан осврт је неоходан на другу димензију ове везе, односно подстицајни уплив политике на међународно кривично право. Да ли постоји могућност да један исти чинилац има вишезначан утицај на међународно кривично право, како тврди Остин Турк (*Austin Turk*) својом теоријом политичког криминалитета?[4]

Да би се описана веза доказала, мора се упоредити историјски развој међународног кривичног права с историјским развојем глобалних међународних политичких односа. Стога ће излагање у раду следити историјску генезу међународног кривичног права и међународног кривичног правосуђа. Наука је одавно утврдила да ова грана права имала не устаљен и постепен, већ повремен и скоковити развој. Дугачки периоди застоја и таворења смењују се са краћим и бурним периодима развоја и цветања. Уколико су ови „скокови" нераскидиво хронолошки повезани са главним светским политичким токовима, односно политичким епохама, та веза би доказала полазну поставку рада.

2. СУЂЕЊА НАКОН ПРВОГ СВЕТСКОГ РАТА: СТВАРАЊЕ ПОТКЕ

Скоро сви покушаји суђења за злочине извршене у Првом светском рату јесу примери уплива политике у међународно кри-

[3] Зоран Стојановић, *Међународно кривично право*, ИП Јустинијан, Београд 2004, 204.

[4] Austin Turk, *Political Criminality*, Sage, Thousand Oaks, CA 1982, нав. према John Hagan, Scott Greer, „Making War Criminal", *Criminology* 2/2002, 232 234.

вично право или, боље рећи, у оне вредности које стоје у основи међународног кривичног права.

Неуспех Версајског уговора о миру, односно његових чл. 227 и 228, према којима је требало да се установи један међународни суд да суди немачком цару Вилхелму II, најбоље говори о томе. Холандија је одбила да изручи немачког цара.[5] Сличном закључку води и однос Сила савезница према Турској након завршетка Првог светског рата. Први мировни уговор између Савезника и Турске, Уговор из Севра, потписало је 20 држава, али нису Турска и САД, стога је разумљиво зашто је пропао. Уговор из Севра у чл. 226 предвиђа обавезу Турске да преда Силама савезницама све особе које оне траже као осумњичене за извршење ратних злочина, без обзира на поступке које ће се можда повести у Турској. Члан 230 предвиђа обавезу Турске да изручи особе које су одговорне за „масакре“ извршене у време трајања ратног стања на територији која је 1. августа 1914. године била део Турске. Други мировни уговор, потписан 1923. године у Лозани, није садржавао одредбе о предаји одговорних за „масакре“. Штавише, део политичког договора око уговора је била тзв. „Декларација о амнестији“. Овим актом је извршена амнестија свих дела извршених између 1914. и 1922. године.[6] Тако су покушаји да се суди за најстрашније злочине учињене у Првом светском рату доживели неуспех.[7] По свему судећи, разлог за овакво стање је чињеница да до окончања Првог светског рата није дошло потпуним поразом једне од зараћених страна, па самим тим није створена неравнотежа у односу политичких снага на међународној равни која би водила наглом развоју међународног кривичног права.

3. ПЕРИОД ИЗМЕЂУ ДВА СВЕТСКА РАТА

Након ових покушаја да се суди за ратне злочине, у периоду између два светска рата није било значајнијих дешавања на пољу међународног кривичног права. Изузетак би био неуспешан покушај

[5] Потпуно о томе Владан Василијевић, *Међународни кривични суд*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 1968, 14 16.

[6] Басијуни сматра да је страх неких влада да приступе кажњавању злочина из Првог светског рата учинио да норме о човечности немају генерално превен тивно дејство, Mahmoud Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Kluwer Law International, The Hague London, 1999, 67 68. Пун текст Уговора из Севра и Уговора из Лозане, *http://www.lib.byu.edu/~rdh/wwi/versa/sevres1.html,* 25. мај 2005.

[7] Kyle Jacobson, „Doing Business With The Devil: The Challenge Of Prosecu ting Corporate Officials Whose Bussines Transactions Facilitate War Crimes And Crimes Against Humanity“, *Air Force Law Review* 56/2005, 169 170.

међународне заједице да се уобличе правни акти једног правосудног тела које би судило само за дело међународног тероризма.[8] Овај дводеценијски период замирања међународног кривичног права одговара периоду релативне равнотеже снага у међународним политичким односима. Окончање Другог светског рата потпуним поразом Немачке и Јапана, створило је нову неравнотежу у међународним политичким односима, што се повољно одразило на развој међународног кривичног права. Основана су два међународна војна суда.

4. ПОСЛЕДЊЕ БИТКЕ ДРУГОГ СВЕТСКОГ РАТА: НИРНБЕРГ И ТОКИЈО

Међународни војни судови у Нирнебергу и Токију трпе скоро неподељена мишљења да су политичка правосудна тела на којим је тријумфовала правда победника.[9] [10] Најјача критика долазила је управо из пера оних који су се највише и залагали да појединци постану субјекти кривичне одговорности у међународном праву. Тако је Келзенов став да Нирнбершка пресуда не би смела да постане преседент данас општеприхваћен.[11] Поступци Совјетског Савеза према људима на просторима које је окупирао након рата могу подвести под три од четири тачке Нирнбершке оптужнице.[12] Чини се да ни остале државе савезнице нису биле невине у том погледу, о чему све-

[8] В. Василијевић, 19 22.

[9] Jonathan Charney, „Editorial comment: Progress in international criminal law?“, *The American Journal of International Law* 2/1999, 464; Group of authors, „De velopments in Law: International Criminal Law“, *Harvard Law Review* 7/2001, 1956.

[10] У науци постоје и супротна мишљења, која су у мањини, да суђења у Нир небергу и Токију нису била неправедна, већ обрнуто, да су она пример међународне правде и поштења и да су дала значајан допринос међународном праву. Ови ставови нису могли да занемаре раније наведене неправилности и пропусте, Mahmoud Cherif Bassiouni, „The Establishment of A Permanent International Court. Historical Survey: 1918 1998“, *International Criminal Law* III (eds. M. C. Bassiouni,), Transnationals Publishers, Ardsley New York 1999, 605; John Pritchard, „The International Military Tribunal for the Far east and the Allied National War Crimes Trials in Asia“, *International Criminal Law* III (eds. M. C. Bassiouni,), Transnationals Publishers, Ardsley New York 1999, 141.

[11] „Ако би се Нирнбершка начела прихватила као узор за будућност, онда би силе победнице судиле припадницима власти побеђених држава на основу једнострано одређених кривичних дела са повратним важењем. Надам се да ово ни када неће постати прецедент“, Hans Kelsen, „Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law“, *International Law Quarterly* 1947, 171, нав. према Danilo Zolo, „Who is Afraid of Punishing Aggressors“, *Journal of International Criminal Justice* 4/2007, 802.

[12] Spyros Economides, „The International Criminal Court: Reforming the Politics of International Justice“, *Government and Opposition* 1/2003, 35. Нирнберг је био висо ко исполитизован: Richard Overy, „Essay“, *From Nuremberg To The Hague: The Future Of International Criminal Justice* (ed. P. Sands,), Cambridge University Press, Cambridge

дочи веза злочина против човечности и извршења „било којег дела у надлежности Суда“ у одредби овог кривичног дела. Она је створена да би се Силе савезнице осигурале од примене овог новог кривичног дела на поступке које су оне саме примењивале на становништва колонија или мањине у сопственим земљама.[13] Сва поратна суђења за ратне злочине, не само Нирнберг и Токијо, имају једну исту моралну ману – поступци су вођени само против побеђених.[14] Овај недостатак непристрасности заразио је сва поратна суђења за ратне злочине, тако да је на њима створена једна сумњива врста правде.[15] Моралноетичке поставке законитости ових поступака су јасно означиле да ће сви они који су прекршили исто право једнако стати пред суд, али то се није десило.[16] Државе победнице у Другом светском рату не могу да избегну приговоре да су кажњавали кроз посебне (специјалне) правосудне установе основане након што су злочини извршени, чиме је прекршено начело законитости.[17] [18]

Треба рећи да је било разлика између најважнијих судова тог времена. Међународни војни суд у Токију је био исполитизован у далеко већој мери него Нирнберг, препун неправилности у поступку и злоупотреба судских овлашћења.[19] Јапански цар није оптужен само

2003; нав. према Mark Drumbl, „Pluralizing International Criminal Justice“, *Michigan Law Review* 6/2005, 1299.

13 William Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, 42.

14 Хајд (*Hyde*) и Келзен (*Kelsen*) су се залагали за оснивање суда у којем би се особље састојало од држављана неутралних земаља. Из политичких разлога, како би имали надзор над током суђења, силе победнице нису усвојиле ову идеју, Антонио Касезе, *Међународно кривично право*, Београдски центар за људска права, Београд 2005, 47.

15 A. Fichtelberg, 19.

16 Комисија Уједињених нација за ратне злочине направила је листу од око 750 Италијана осумњичених за ратне злочине. Захтеви југословенске и етиопске вла де да се неки од тих људи предају су остали мртво слово на папиру, упркос јасним одредбама Уговора о примирју савезника са Италијом. Нити италијанска привре мена влада нити савезници нису извршили предају осумњичених, M. C. Bassiouni, (1999б) 120 121.

17 О начелу законитости у Нирнбергу и Токију, вид. Милан Шкулић, „Наче ло законитости у кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 86 94.

18 Giovanni Conso, „Reflections of The International Criminal Court“, *Essays on The Rome Statute of The Interanational Criminal Court* (eds. W. Schabas, F. Latanzi), Il Sirente, Ripa Fagnano Alto 2000, 3; Kenneth Gallant, „Individual Human Rights in New International Organisation: The Rome Statute of The International Court“, *International Criminal Law* III (ed. M. C. Bassiouni,), Transnationals Publishers, Ardsley New York 1999, 714.

19 Jackson Nyamuya Maogoto, „War Crimes And Realpolitik: International Justice From World War I to The 21st Century“, 2004, 103, нав. према M. Drumbl, 1300.

из политичких разлога.[20] Масовно сексуално насиље у потпуности је занемарено.[21] Разлог за то су расне предрасуде којима су обиловали политички и војни представници сила победница на Пацифику.[22] Мишљење судије америчког врховног суда Стоуна (*Stone*) у вези са Нирнбергом довољно говори о оба ова суда:

„Најбоље што се може рећи о Нирнбергу јесте то да је у питању политички акт победничких држава који је морално оправдан. Не волим да видим да се то тамо назива судом, а поступак по коме тече да се назива *common law*".[23]

5. ПЕРИОД ХЛАДНОГ РАТА

Након ових суђења међународно кривично право доживљава последње светле тренутке у оквиру ОУН, где се ради на предлозима аката који су требало да буду озакоњење ове гране права. Овај рад се окончава 1953. године, када оно поново улази у период замирања и стагнације.[24]

Сасвим је јасна и видљива непосредна хронолошка веза међународног кривичног права и периода који историја назива „Хладни рат". У смислу односа снага на светској, глобалној политичкој сцени, он представља равнотежу која неповољно делује на развој међународног кривичног права. Нити се ради на озакоњењу међународног кривичног права, нити се оснивају установе међународног кривичног правосуђа. Пад Берлинског зида историја сматра окончањем Хладног рата, а са његовим крајем настаје нова неравнотежа у међународним односима. Ова неравнотежа води ка новом замаху у развоју и ширењу међународног кривичног права, прво путем оснивања привремених уста-

[20] John Dugard, „Criminal Responsibility of States", *International Criminal Law* III (ed. M. C. Bassiouni,), Transnationals Publishers, Ardsley New York 1999, 240.

[21] Kelly Askin, „Sexual violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals", *American Journal of International Law* 1/1999, 122.

[22] Међународни војни суд за Далеки исток је у потпуности пропустио да гони јапанске оптуженике за случајеве тзв. „жена за утеху". Једини изузетак пред Међународним војним судом у Токију, који осликава расни поредак који је Суд успоставио, у погледу ових случајева јесу 35 холандских жена које су завршиле као „жене за утеху". Око 200.000 широм Далеког истока које су поделиле судбину поменутих Холанђанки није ни поменуто на суђењу: Laura Hein, „Savage Irony: The Imaginative Power of the 'Military Comfort Women' in the 1990s", *Gender & History* 2/1999, 353.

[23] Henry Steiner, Philip Alston, *International Human Rights In Context*, Oxford University Press, Oxford 2000 124, нав. према: Stephen Erikkson, „Treatment Under International Humanitarian Law: Criminal Accountability, State Responsibility, And Cul tural Considerations", *Air Force Law Review* 2004, 280.

[24] Потпуно о томе код: В. Василијевић, 157 167.

нова међународног кривичног правосуђа, а затим и путем оснивања међународног кривичног суда.[25] [26]

6. ПОСЛЕДЊЕ БИТКЕ ХЛАДНОГ РАТА: ХАГ И АРУША

Трибунали у Хагу и Аруши оптерећени су са две врсте политичких препрека да би били названи судовима у пуном смислу те речи. Прве политичке препреке су системске и уграђене су у саме темеље тих правосудних тела. Оне никад не могу бити исправљене. Друге препреке су политички упливи у рад ових судова и могли би их поредити са неком врстом генетске грешке.[27] Оне могу бити исправљене, али је након више од деценије рада питање да ли је и ова врста политичке препреке постала системска. Ове две врсте политичких препрека се често преплићу и тешко их је одвојити.

6.1. Системске политичке препреке

Системске политичке грешке су повезане. Најважнија је кршење начела законитости[28] путем оснивања привремених институција међународног кривичног правосуђа са повратном временском надлежношћу.[29] Трибунали немају надзор легислатора или нормативне традиције услед чега су неделотворни и спори.[30] Основне правне

[25] Шабаз пише како је рад на оснивању међународног кривичног суда замро 50 тих година прошлог века због хладног рата и да је оживео неколико недеља на кон пада Берлинског зида. Тада је Генерална скупштина УН изгласала да се рад об нови, William Schabas, „International Criminal Court: Secret of It`s Success", *Criminal Law Forum* 4/2001, 415; Богдан примећује да је оснивање Трибунала у Хагу и Ару ши коинцидирало са обновљеним међународним ентузијазмом за оснoвање сталног међународног кривичног суда Attila Bogdan, „The United States and The International Criminal Court: Avoiding Jurisdictions Through Bilateral Agreements in Reliance on Article 98", *International Criminal Law Review* 1 2/2008, 4.

[26] Андерсон назива нагли развој међународног кривичног права од 1990. године „изузетном појавом", али не истиче разлоге који су довели до тога, Keneth Anderson, „The Rise of International Criminal Law: Intended and Unintended Consequences", *European Journal of International Law* 2/2009, 331.

[27] Богдан сматра да су прецеденти створени у Нирнбергу и Токију играли важну улогу у стварању Трибунала у Хагу и Аруши, A. Bogdan, 3.

[28] О начелу законитости у међународном кривичном праву код М. Шкулић, 85 99.

[29] Kai Ambos, „The International Criminal Law at The Crossroads: From Ad Hoc Imposition to a Treaty Based Universal System", *Future Presprectives on International Criminal Justice*, (eds. C. Stahn, L. van den Herik) T. M. C. Asser Press, The Hague 2010, 161 162.

[30] Временско трајање појединих суђења пред Хашким трибуналима је такво да је 2000. године генерални секретар УН морао да пошаље комисију стручњака која

поставке су лоше одређене, многе судије су неискусне, не само у међународом кривичном праву, већ и у кривичном поступку, па и у кривичном праву уопште.[31] Судијама Трибунала дата је огромна моћ, јер поред правосудних, имају и легислативна овлашћења.[32] До сада су та легислативна овлашћења користили више од 30 пута, што је нарушило углед установе,[33] али и међународног кривичног права.[34] Иако имају надлежност да суде само за злочине набројане у Статуту, судије Трибунала су сами, путем „Правила поступка и доказивања", присвојили право да доносе нова кривична дела.[35] Ова слобода дата судијама је сувише широко постављена, нарочито узевши у обзир да је пристрасност *ad hoc* трибунала уочена још пре 35 година.[36]

је извршила надзор над радом овог тела и препоручила неколико начина на које би се она убрзала. Тужилац трибунала је прегледајући извештај поставио питање како се могу бескрајно сложена суђења смањити на обим подобан за један кривични суд? Потпуно о раду ове комисије и њеним препорукама код Daryl Mundis, „Improving the Operation and Functioning of the International Criminal Tribunals", *American Journal of International Law* 4/2000, 759 773.

31 Darryl Robinson, „The Identity Crisis of International Criminal Law", *Leiden Journal of International Law* 4/2008, 928.

32 Резолуцијом Савета безбедности број 780 основана је „Комисија експера та" која је имала налог да истражи да ли има кршења међународног хуманитарног права на простору бивше Југославије. Један од чланова комисије је био и Вилијам Џ. Фенрик (*William J. Fenrick*), припадник војне правне службе канадске војске. Исти човек је касније постао правни саветник у тужилашту Трибунала. Пун текст Завршног извештаја може се наћи на адреси *http://www.his.com/~twarrick/commxyu3.htm#I.B*. Статут Међународног војног суда у Нирнбергу је омогућавао да се судије замене под одређеним условима и за време суђења. Запала (*Zappala*) сматра да је постојао недостатак независности суда који је утицао и на непристрасност судија. Руски судија Никиченко је учествовао и у прављењу Статута суда. И француски резервни судија Фалко (*Falco*) је такође учествовао у писању Статута, Salvatore Zappala, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford Uniersity Press, Oxford 2003, 18 19.

33 *Ibid.,* 18 19; Alexander Zahar, „The Ictr`s Media Judgement And The Reinven tion of Direct And Public Incitment To Commit Genocide", *Criminal Law Forum* 1/2005, 48.

34 Xavier Tracol, „The Appeals Chambers of The International Criminal Tribunals", *Criminal Law Forum* 2/2001, 163 164. „Дајући себи за право да одступи од правних начела приликом одлучивања и да узима у обзир политичке циљеве суд [Хашки трибунал] је учинио један корак даље у нарушавању кредибилитета међународног кривичног права", A. Fichtelberg, 19.

35 Потпуно о овом проблему код: Michael Bohlander, „International Criminal Tribunals and Their Power to Punish Contempt and False Testimony", *Criminal Law Forum* 1/2001, 91 118.

36 Хенри Барнард (*Henri Bernard*), судија Међународног војног суда за Да леки исток, постављен од Француске, је приликом суђења издвојио мишљење и истакао да Статут није заснован ни на једном правилу, које је постојало у време, када су кривична дела извршена. Додао је и да је толико начела правде повређено у току постпка, да би пресуда несумњиво била поништена из правних разлога у

Делотворно спровођење међународног кривичног права се не може оснивату на раду *ad hoc* трибунала јер се они оснивају за одређене државе и одређене случајеве што упућује на елеменат селективности у спровођењу ове гране права и доводи у опасност њен развој, заокруживање и будућност.[37] Један од судија Трибунала у Хагу, његов бивши председник, каже да „правда не може да буде селективна и да стога *ad hoc* трибунали треба да буду замењени сталним међународним кривичним судом опште надлежности".[38] Трибунали су основани и њихове судије изабране након извршења кривичних дела која су налазе у надлежност ових тела. Прво ствара сумњу да су им статути „скројени" према потребама догађаја и држава за које су основани.[39] Друго рађа сумњу у непристрасност судија.[40]

Једна од политичких системских препрека долази од људских слабости и може се објаснити психологијом:

„Преовлађујуће осећање међу судијама трибунала у Аруши јесте да доприносе новом светском поретку у којем нема некажњавања за

било којој цивилизованој земљи, вид. Богдан Златарић, „Хашка конвенција од 1907. године и индивидуална кривична одговорност за ратне злочине", *Југословенска ревија за међународно право* 2/1958, 339. Јосиповић подвлачи да је и у Нирнебер гу и у Токију погажено начело законитости, Иво Јосиповић, „Маргиналије пово дом могућег процесуирања злочина почињених у рату у Хрватској", *Наша закони тост* 11 12/1991, 1298. Пиндић се саглашава са ставовима Женевског (и касније Њујоршког) *ad hoc* комитета за међународно кривично правосуђе, основаног на V заседању Генералне скупштине ОУН, који су заузели став да Међународни кривич ни суд не сме бити помоћни орган Генералне скупштине ОУН, јер постоји опасност да буде под њеним политичким утицајем. Он налази да је прави пут за оснивање Међународног кривичног суда међународни уговор. Чини се да би ово требало да важи за помоћне органе Савета безбедности, Димитрије Пиндић, „Међународни кривични суд", *Југословенска ревија за међународно право* 2/1958, 383 384.

37 Antonio Bianchi, „Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", *European Journal of International Law* 2/1999, 250.

38 Antonio Cassese, „Reflections on International Criminal Justice", *Modern Law Review* 1/1998, 10.

39 Mahmoud Cherif Bassiouni, „The Normative Framework of International Humanitarian Law: Overlaps, Gaps and Ambiguities", *International Criminal Law*, III, (eds. M. C. Bassiouni,), Transnationals Publishers, Ardsley New York 1999, 624.

40 Бивши председник Комисије ОУН за геноцид и главни саветник у Америчко мексичкој „Комисији за захтеве", Џон Мактос (*John Maktos*), сматра да *ad hoc* кривични трибунали трпе приговор да представљају „правду победника" и да су пристрасни јер су њихове судије изабране након што су се кривична дела догодила. Решење је стални међународни кривични суд са судијама изабраним за стално и пре догађаја за које суде, а не за појединачни случај и након што су се догађаји одиграли. Преседан, на пољу грађанског права, који нас тако учи, постоји. То је Међународни суд правде у Хагу, Fannie Klein, Daniel Wilkes, „United Nations Draft Statute for an International Criminal Court: An American Evaluation", *International Criminal Law* (eds. E. M. Wise, G. O.W. Mueller), Fred B. Rothman & Co, New Jersey 1965, 580 581.

тешка кршења међународног хуманитарног права. Та свест гурнула их је ка ‘правном активизму’ односно ‘правној апсурдности’. Судије Међународног кривичног трибунала у Хагу нису изузети од истих приговора.“[41] [42]

Овом занимљивом мишљењу се придружује друго, по којем судије нагињу одлукама којима се шири домашај и значај међународног кривичног права, јер је то у њиховом професионалном интересу.[43] [44] Овакво понашање није неуобичајено за особље *ad hoc* правосудних тела.[45] *Ad hoc* судови су по природи окренути ка „мисији“ – циљу због кога су основани, па је особље склоно да од правосудног тела направи заједницу мисионара.[46] [47] Ово је природна психолошка последица чињенице да су суђења за ратне злочине увек била растрзана између легалитета и легитимитета, где је превагу углавном имао легитимитет.[48] Још један од разлога због којег су судије склоне осуђујућим одлукама јесу очекивања средине која их је изабрала на тај положај.[49] Као начелан закључак може се истаћи да поступци

---

41 A. Zahar, 48.

42 Психологијом се може објаснити појава да се код тешких кривичних дела оптужени лакше проглашавају кривим у јавности, па је самим тим већи притисак на судије у истом правцу, D. Robinson, 929.

43 *Ibid.*

44 Трибунал у Хагу, одређеним потезима у поступку (као што су наметање одбране и замена судија након изношења доказа од стране оптужбе), покушава да осигура пресуду над Милошевићем по цену свог угледа, Megan Fairlie, „Adding Fuel To Milosevic Fire: How The Use Of Substitute Judges Discredits The UN War Crimes Tribunals“, *Criminal Law Forum* 2/2005, 156 157.

45 Линтон држи да је немогуће гонити све извршиоце кршења међународног хуманитарног права, па да се стога треба усредсредити на „оне који носе највећу одговорност“, Suzannah Linton, „Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in Internationnal Justice“, *Criminal Law Forum* 2/2001, 243. Питање се само намеће како унапред одредити оне који су „најодговорнији“, а да се не наруши начело прет поставке невиности?

46 Group of authors, 48.

47 Судско веће Трибунала у Хагу у случају Фурунџија одбило је да изузме судију Флоренс Мумбу (*Florence Mumba*) иако је она пре преузимања дужности у Хагу била члан Комисије УН за положај жена. Комисија се бавила истраживањима о наводним силовањима на просторима бивше Југославије и својим закључком тражила да се подигну оптужнице за сексулане деликте. Мумба је заједно са осталим члановима комисије потписала речени извештај, али то није било довољно да дође до њеног изузећа, Theodor Meron, „Editorial Comment: Judicial Independence and Im partiality in International Criminal Tribunals“, *American Journal of International Law* 2/2005, 366.

48 Све неправде учињене на свим суђењима за злочине против људских права „бледе пред моралном кривицом“ извршилаца, Andrew Altman, Christhoper Wellman, „A Defense of International Criminal Law“, *Ethics* 1/2004, 56 57.

49 D. Robinson, 929.

трибунала тешко обезбеђују поштено суђење у најширем смислу тих речи.[50]

6.2. Политички упливи у рад Трибунала

Политички упливи у рад Трибунала су очити и лакше видљиви.[51] [52] Углавном, се своде на политику оптуживања.[53] [54] Политика оптуживања Трибунала у Хагу је нејасна и селективна.[55] Ово ни не чуди, јер је одавно примећено да све нередовне институције међународног кривичног правосуђа јесу системски пристрасне и тêже да гоне само једну страну у сукобу због кога су основане.[56] Међународни судови за ратне злочине су увек били део међународне политике.[57] Тако су и трибунали за бившу Југославију и Руанду савремене појаве са старом потком.[58] И сами тужиоци се често више бави другим пословима него оптужбама. Тако је први тужилац Три-

[50] K. Ambos, 165.

[51] Џојнер и Постераро се надају да ће нови међународни кривични суд бити делотворнији у раду и мање под утицајем политике него трибунали, Christopher Joyner, Christopher Posteraro, „The United States and The International Criminal Court: Rethinking the Struggle Between Nacional Interest and International Justice“, *Criminal Law Forum* 3/1999, 384.

[52] Делмас Марти назива суђења пред Трибуналима *show justice*, Mireille Delmas Marty, „Violence and Massacress Toward a Criminal Law of Inhumanity“, *Journal of International Criminal Justice* 1/2009, 15.

[53] Голдстон, први тужилац Трибунала у Хагу, је изнео да му је 1994. годи не пријатељски било речено да ако хоће новац за буџет Трибунала онда мора да подигне неку оптужницу. У намери да одржимо Трибунал у раду морали смо да подигнемо неку оптужницу хитно. То је објашњење за оптужницу против Драгана Николића, Richard Goldston**,** „Prosecuting Rape as a War Crime“, *Case Western Reserve Journal of International Law* 3/2002, 281.

[54] „Правна и правосудна патологија, која је углавном критикована од стране теоретичара међународног права, има неколико одлика. Понашање Хашког трибуна ла, а нарочито његовог Тужилаштва, најбољи је пример [ове патологије]“, D. Zolo, 802.

[55] Geert Jan Knoops, „Challenging The Legitimacy Of Initiating Contemporary International Criminal Procedings:Rethinking Prosecutorial Discretionary Powers From a Legal, Ethical And Political Perspective“, *Criminal Law Forum* 4/2004, 377; Larry May, *Crimes Against Humanity: A Normative Account*, Cambridge University Press, Cambrid ge 2005, 213.

[56] Амбос из овог закључка изузима само Хашки трибунал, али не износи аргументе за овај изузетак, K. Ambos, 165.

[57] „Одлука Трибунала [у случају Ердемовић] донета је под утицајем бројних ванправних мерила... била би политичка наивност игнорисати сложен политички оквир у којем [Хашки] Трибунал делује“, A. Fichtelberg, 18.

[58] Garry Bass, *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton University Press, Princeton, New York 2000, 5, нав. према S. Economides, 35.

бунала у Хагу, Ричард Голдстон (*Richard Goldston*), како запажају поједини аутори, више времена потрошио бавећи се дипломатијом (а она се свакако може назвати политиком), него тужилачким радом.[59] Слична оцена се може дати и за његове наследнике.

Историјски посматрано, државе су некад прибегавале кривичним поступцима ради унижавања претходних политичких поредака, када су обележавале политички преображај.[60] Ту су кривични поступци средство, а не циљ.[61] С друге стране, било је случајева да је политички преображај био толико тежак да се изводио по цену општег помиловања политичких противника.[62] Исто је стање на међународној равни. У зависности од односа снага на међународној равни међународно кривично право добија замах или бива спутано. Стога се са нарочитом пажњом мора поступати приликом указивања почасти установама међународног кривичног правосуђа.[63] Ако су трибунали уопште имали задатак да стварају „владавину међународног права“, онда су мало учинили на том пољу.[64] Шта год учинили до краја свог мандата, трибунали ће остати „контроверзни“.[65]

7. НАЈНОВИЈА КРЕТАЊА: РИМСКИ СТАТУТ

У којој мери је и Римски статут оптерећен већ описаним проблемима? Да ли ће га политика спутавати или охрабривати? С обзиром на то да је нов, овом суду се мора оставити време да би се пока-

---

59 John Hagan, Ron Levi, „Crimes of War and the Force of Law“, *Social Forces* 4/2005, 1514.

60 Приликом поновног установљавања краљевине у Енглеској тело Оливера Кромвела је ископано и суђено му је, а затим је над њим „извршена“ смртна казна, Allison Danner, Jenny Martinez, „Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Com mand Responsibility, and the Development of International Criminal Law“, *California Law Review* 1/2005, 91.

61 Сврха Трибунала у Хагу није била да суди појединцима са простора бивше Југославије, већ да утиче на западно јавно мњење, M. Delmas Marty, 15.

62 Ruth Wedgwood, „The International Criminal Court: An American View“, *European Journal of International Law* 1/1999, 95.

63 Зависност међународног кривичног права од унутрашњих политичких по треба, заједно са неким сумњама о улози права у поништавању мржње, саветују потребу за нарочитом пажњом приликом указивања почасти Међународном војном суду у Нирнбергу, што важи и за све установе које је он надахнуо, M. Drumbl, 1302.

64 L. May, 200: „процедуралним одбранама [*defences*] се мора дати већа тежи на [пред међународним кривичним трибуналом] него што им је била дана од стра не међународних кривичних трибунала, ако уопште треба да постоји нешто што се зове владавина међународног права [*international rule of law*]“.

65 A. Danner, J. Martinez, 96.

зао. Зато свака коначна оцена о утицају политике на његов рад мора да се остави за будућност. С друге стране, није немогуће дати неке ограничене и привремене оцене које произилазе из мана уграђених у оснивачке акте Међународног кривичног суда (даље: МКС).

Тако се већ сада у актима Међународног кривичног суда може приметити надмоћ кривичноправних поставки англосаксонске породице правних система,[66] која ће у крајњој линији водити ка политичком утицају водећих држава англосаксонског културноцивилизацијског круга.[67] Римски статут има неке од системских грешака које смо већ видели код његових претходника, али је у исто време лишен неких од најзначајнијих, јер је донет, између осталог, као одговор на мане Трибунала.

Можда најважније од свега јесте чињеница да временска надлежност МКС није повратна. Судије се бирају унапред за кривична дела која ће се тек десити. Његов рад подлеже надзору скупштине држава чланица. Највећа мана му је висока неодређеност норми. Кривично право мора да буде јасно одређено и да до танчина одређује елементе кривичних дела. Међународно кривично право је, када се пореди са било којим просечним унутрашњим кривичним правом, скуп правних правила чије је важење често у питању, а значење у великој мери неодређено.[68] У погледу материјалноправних норми Римског статута овај закључак стоји, истина у мањој мери него за целину међународног кривичног права. Ослањање на кривично право са повратним дејство била је највећа претња легитимитету међународног кривичног правосуђа XX века. Највећа претња данас јесте ослањање на неодређене правне норме.[69] [70]

Ова системска грешка (неодређеност норми) је намерна. Она је природна последица поступања држава које надзиру међународни легислативни поступак. Оне су невољне да отклоне преклапања, празни-

---

[66] „У ствари, у Енглеској је развијеније кривичнопроцесно право", Маринка Цетинић, „Поглед на нужну одбрану у евроконтиненталном и англосаксонском си стему кривичном права", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2006, 167. Овај закључак важи за целокупну англосаксонску породицу правних система. С обзиром на то да су државе англосаксонског цивилизацијског круга најутицајније у поступци ма стварања међународног кривичног права, оне су ову одлику свог кривичног права пренели у међународно кривичног право у целини, па тако и у акте Међународног кривичног суда. Право кривичног поступка је надмоћно над материјалним у рече ним актима.

[67] Меј ову појаву, грешком, назива „западњачка пристрасност", мада она јесте „англосаксонска" пристрасност, јер као примере наводи унакрсно испитивање и оптужни тип кривичног поступка, L. May, 174 175. Ово су одлике само англосаксонских кривичних поступака, а не свих у „западњачком" свету.

[68] A. Altman, C. Wellman, 52.

[69] S. Erikkson, 279 280.

[70] О начелу законитости у Римском статуту вид. М. Шкулић, 94 99.

не и нејасноће у међународном кривичном праву. То је разумљиво, с обзиром на то да се геноцид и злочини против човечности појављују у оквиру државног деловања и политике, а државе нису спремне да криминализују понашања својих високих службеника.[71] [72] Државе и даље теже да заштите краткорочне националне интересе пре него опште људске вредности.[73] Римски статут није први акт међународног кривичног права који је препун неодређених и великих потврда неких права које могу да значе све, али у исто време не морају да значе ништа.[74] Ово је, у првом реду, последица тога што политичка, пре него правна, питања преовлађују приликом стварања конвенција у међународном кривичном праву.[75] У другом реду, овакво стање је последица чињенице да акте у области међународног кривичног права не припремају стручњаци за кривично право, већ дипломате и политичари.[76] Описана неодређеност није увек исход лоше намере, већ невичности и неумешности поменутих политичара и дипломата као твораца међународног хуманитарног права, што је већ забележено у науци.[77]

8. ДА ЛИ ЈЕ МОГУЋЕ МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ПРАВО БЕЗ ПОЛИТИКЕ

Уплив политике као препреке у развоју међународног кривичног права и међународног кривичног правосуђа је описан. С друге

[71] M. C. Bassiouni, (1999), 618 619; Marco Sassoli, Antoine Bouvier, *How Does Law Protect in War?*, International Committee of The Red Cross, Geneve 1999, 247 248. Данас државе нису спремне да прихвате Међународни кривични суд који би имао овлашћења иста која има Трибунал у Хагу у односу на државе бивше Југославије, Ivo Josipović, *Haško implementacijsko kazneno pravo*, Informator, Zagreb 2000, 55. Такав став неки ће назвати „цинизмом, а други политичким реализмом“, пише Јосиповић.

[72] Проучавањем историје света након пада Берлинског зида поново се учи лекција да спољна и унутрашња политика утиче на начин како се воде ратови, али и на начин на који се одређује рат као злочин, J. Hagan, S. Greer, 260.

[73] Државе нису уздржане само на пољу криминализације понашања која представљају тешка кршења обавеза које произилазе из међународног права, већ и на пољу примене права које већ створено А. Касезе, 2005, 5.

[74] S. Erikkson, 279.

[75] Отуд Меј геноцид и друга међународна кривична дела назива „политичким кривичним делима“, L. May, 170 173.

[76] Mahmoud Cherif Bassiouni, „Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework“, *International Criminal Law* III (eds. M. C. Bassiouni,), Transnationals Publishers, Ardsley New York 1999, 49.

[77] Goran Melander, „International Humanitarian Law and Human Rights“, *Scandinavian Studies in Law* 1/1985, 141; Artur W. Rovine, „Human Rights: A New Policy by a New Administration“, *Proceedings of the 71st Annual Meeting*, American Society of International Law 1977, 69.

стране, чини се да је другачији, благотворан, утицај политике на ову грану права такође неизбежан. Ово јасно произилази из претходно описане, тесне повезаности развоја међународног кривичног права и односа снага на међународној политичкој позорници. Ова повезаност је таква да се на основу те везе може претпоставити када ће ова грана права добити замах, а када ће бити спутана. Границе слободе институција међународног правосуђа су у тако тесној вези са политичком стварношћу, да се може рећи да су јој подређене.[78] Наведене границе се померају са померањем равнотеже политичке односно војне моћи:

„Потреба за страним улагањима, отварањем нових трговачких могућности, заштитом од безбедносних претњи или одговором на унутрашње или спољне политичке изазове води ка међународној сарадњи, али и ка мешању јачих у унутрашње послове слабијих. Остварено сирово или политички, кроз принуду или сарадњу, „политичко полицајисање“ (*political policing*) ће се појављивати све више и више на вишенародној и међународној равни“ .[79]

Оно што су све установе међународног кривичног правосуђа радиле јесте, како то назива Турк „политичко полицајисање“, а њихова појава се може објаснити његовом теоријом политичког криминалитета која је била полазна поставка (хипотеза) овог рада. Међународно право је, колико ограничено међународном политиком, толико треба да јој буде и захвална. Они су чврсто везани.[80] Не треба се претварати да једно може да живи и развија се без другога.[81] Колико може да буде главна препрека за рад МКС-а, толико је политика неопходна за постојање међународног кривичног права и институција њеног правосуђа.[82] Деловање МКС-а свакако долази у додир са политичким

[78] John Cerone, „The Kosovo Advisory Opinion of The International Court of Justice“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade* 3/2010, 214. Ћероне тврди да је Са ветодавно мишљење Међународног суда правде тако срочено да није ништа решило и закључује да ако Суд нема начина да се одупре политичком притиску, онда треба да се повуче и да питање независности Косова и Метохије препусти политичким токовима.

[79] A. Turk, 20, нав. према J. Hagan, S. Greer, 233.

[80] Ћероне тврди да државе користе Међународни суд правде као политичко средство. Ово само по себи није проблематично док год Суд успе да очува интегри тет судског поступка, J. Cerone, 214.

[81] Henry Stimson, „The Nuremberg Trial: Landmark in Law“, *Foreign Affairs* 1947, 189, нав. према Antonio Cassese, „On the Current Trends towards Criminal Prose cution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law“, *European Jour nal of International Law* 1/1998, 10 фн. 41.

[82] „Источни гријех... међународног казненог права и међународног судовања је изнимно велика везаност за политику...“, Ivo Josipović, *Uhićenje i pritvor*, Targa, Zagreb 1998, 84.

интересима над којима државе не желе да препусте надзор.[83] Као што постојање Савета безбедности УН сведочи да постоје државе које „обезбеђују" стабилност и мир у свету и државе који га „троше", тако је МКС услуга коју стабилне државе обезбеђују нестабилним.[84] Колико год га називале свеопштим, „стабилне државе" ипак немају намеру да своје држављане подвргну његовој надлежности.[85] [86] Овај став је доследан сложеној историјској повезаности међународних кривичних дела и међународних политичких односа.[87] И сам МКС, колико год био правна установа, биће високо исполитизован и подређен политичким интересима најутицајнијих земаља,[88] а било какав успех у раду доживеће само кроз сарадњу држава и сагласност политичара.[89]

[83] J. Charney, 455.

[84] K. Anderson, 333.

[85] Неке од најзначајнијих држава у свету, као што су САД или Велика Британија, допуњавају сопствено кривично законодавство или доносе нормативе о сарадњи са Међународним кривичним судом, управо са циљем да он никада не успостави своју надлежност над неким њиховим држављанином. За САД вид. Jann Klefner, „The Impact of Complementarity on National Implementations of Substantive International Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice* 1/2003, 111 112; За Британију видети образложење које је пратило предлог британског закона о сарадњи са Међународним кривичним судом. Образложење каже, између осталог, да је једна од сврха овог акта да омогући да домаће власти увек могу да гоне британског држављана, становника или лице у британској служби, било да дело из надлежности Суда изврши у земљи или иностранству: Explanatory Notes to International Criminal Court Act, Note 6**,** *http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2001/en/ukpgaen 20010017 en 1*, 3. јун 2010. године. За Немачку вид. *Bundestags Drucksache* (*Parliamentary Documents*) 14/8524 at 12, где се налази објашњење немачког Међународног кривичног закона (*Volkerstrafgesetzbuch*) из 2001. године. Ту се каже да је једна од сврха доношења овог закона да се обезбеди да нити један немачки држављанин не буде гоњен од стране Међународног кривичног суда нав. према Gerhard Werle, Florian Jessberger, „International Criminal Justice Is Coming Home: The New German Code Of Crimes Against International Law", *Criminal Law Forum* 2/2002, 199.

[86] Као најбољи пример може да се узме историја САД. Од 1776. године и стицања независности САД су најмање 235 пута уротребљавале своју војну силу да интервенишу ван граница своје земље. Од 1945. године до данас САД су уче ствовале у збацивању више од 50 различитих влада у свету. У америчкој историји равно десет бивших генерала се успело на положај председника Све у свему, грубо се процењује да су укупне жртве наведене америчке политике у дугом временском раздобљу од њеног оснивања до данас достигле број од 30 милиона, Chaitanya Dave, *Crimes Against Humanity, A Shocking History of U.S. Crimes Since 1776*, Author House, Bloomington 2008, 419.

[87] Политички елеменат ових суђења је под надзором политичких и правних тела међународне заједнице, S. Zappala, 43 44.

[88] Зоран Стојановић, *Кривично право Ошти део*, Правна књига, Београд 2009, 19 20.

[89] Robert Tucker, „The International Criminal Court Controversy", *World Policy Journal* 2001, 80, нав. према S. Economides, 49.

9. ЗАКЉУЧАК

Утицај политике на међународно кривично право и установе његовог правосуђа не само да је јасно видљив, него је својствен целокупном развојном току ове правне гране. Њена генеза показује не само тесну повезаност, већ и потпуно međудејствовање политике и међународног кривичног права, у којем прва јесте „услов без којег не може“ друга. Само у временима снажног нарушавања равнотеже у међународним политичким токовима (окончање светских ратова и крај хладног рата) јављало се и развијало међународно кривично право. Чим би се нарушена равнотежа поново успоставила, међународно кривично право би губило на значају, замирало или би било стављено у стање „хибернације“ до неке нове неравнотеже. Управо захваљујући описаној вези, развој ове правне гране и њеног правосуђа јесте скоковит, испрекидан и несталан.

Осим у ретким временским раздобљима када би подстакла развој међународног кривичног права, политика би се све време мешала у њено уобличавање или деловање установа њеног правосуђа. Тако механизми стварања њених норми, када јесу јасно одређени (међународне конференције), делују под пресудним упливом политичара или дипломата, а не стручњака. Када нису јасно одређени (пленарна седница судија неке установе међународног правосудног тела са квазилегислативним овлашћењима) не потпадају под било какав вид надзора. Захваљујући томе међународно кривично право обилује високо неодређеним нормама или оним са повратним временским дејством. Уврштавање обичаја међу изворе међународног кривичног права је нарочито допринело претходној појави.

Рад установа међународног кривичног правосуђа, нарочито њихових тужилаштава, је под сталном политичким притиском. У стручној јавности влада скоро неподељено мишљење да је политика оптуживања ових установа селективна, а да је непристрасност судија под сталним изазовом. Основни разлог за ове појаве је чињеница да се ове установе оснивају, а њихови судије и тужиоци бирају након догађаја за које треба да суде.

Оснивање Међународног кривичног суда је припремљено тако да се један део ових приговора не може упутити. Ако је основни закључак рада тачан, чини се да ће се ова правосудна установа тешко одвојити од утицаја политике који је одликовао целокупан развој међународног кривичног права.

Може се дати оцена да је однос права и политике у међународном кривичном праву у њеним правосудним установама сложен и двојак. Право и политика су нераскидиво везани у међународном кривичном праву. Неопходни су једно другом да би међународно кривично

право деловало, али се налазе у сталном сукобу у којем политика преовладава и спутава право. Ово стање најбоље осликавају речи које се приписују Тукидиду:

„Право, како то иде у свету, јесте само питање међу онима који су подједнако моћни – дотле јаки раде шта могу, а слаби трпе шта морају“.

Dr. Branislav Ristivojević

Assistant Professor
University of Novi Sad Faculty of Law

IMPACT OF POLITICS ON DEVELOPMENT OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

Summary

It is a long time ago now since legal science has marked several obstacles to development and formation of the international criminal law. This paper intends to clarify the relationship between the politics, as one of the most powerful obstacles of that kind, and the international criminal law and the institutions of its system of justice. History of the international criminal law is the history of political influence on its formation and application. However, politics has a two-sided impact on the international criminal law. It is a burden for the international criminal law, but it is also a prerequisite of its existence. It stimulates and inhibits its promotion at the same time. The law and the politics are permanently interconnected in this sphere. They are indispensable to each other, as international criminal law cannot take effect without politics. They are also in constant dispute, in which politics may often prevail and hamper the law.

Key words: *International criminal law. – International criminal court. – Ad hoc tribunal. – Politics.*

УДК 347.72

Др Татјана Јевремовић Петровић*

ПОВЕРИОЦИ У КОМПАНИЈСКОМ ПРАВУ И ИНСТРУМЕНТИ ЊИХОВЕ ЗАШТИТЕ

Рад се бави питањем потребе и средствима заштите поверилаца у компанијском праву, што постаје све актуелнији проблем, па задовољавајућа заштита поверилаца изазива жестоке полемике како у оквиру појединих националних права, тако и на глобалном нивоу, нарочито у оквиру ЕУ, док је у нашој правној науци ова тема недовољно заступљена. Аутор нарочито анализира потребу заштите различитих категорија поверилаца, која се значајно разликује. У том смислу најзначајнија је разлика између вољних и невољних поверилаца, али и других група, као што су банка, стални пословни партнери, повериоци из деликта, држава и други. Свака од тих категорија указује на потребу и комбинацију различитих инструмената у њиховој заштити.

Од могућих инструмената, с једне стране доминирају уговорна индивидуална средства обезбеђења, али и даље несумњив значај имају (традиционална) обавезна правила компанијског права. Она се, пре свега, састоје у одредбама о минимуму и одржавању капитала, иако је такав начин заштите данас једно од најспорнијих питања у овој области. Осим тог инструмента, који за сада и даље представља основу компанијских (европских) националних права, заштита поверилаца нарочито се постиже обавезним информисањем поверилаца. Поред ex ante заштите, све више се као значајни инструменти ex post заштите појављују правила о одговорности директора, чланова и трећих лица, за шта се залаже аутор, и указује на њихов значај у индиректној, а изузетно и директној заштити поверилаца, како кроз правила о деликтној одговорности, тако и кроз посебно развијена правила компанијског и стечајног права. При том потенцира чињеницу да одредбе о заштити поверилаца треба сагледавати као део целокупног правног система сваке земље, у коме је могућа ефикасна заштита само уколико постоји међусобни склад института компанијског са сродним институтима стечајног, облигационог и процесног права. Најзад, аутор нарочито указује на опасност од изузимања само једног института за

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *tatjana.jp@ius.bg.ac.rs*. Аутор захваљује проф. др Небојши Јовановићу на корисним примедбама и идејама при изради овог рада.

штите поверилаца, без одговарајуће замене, као и неутемељеног прихватања „туђих“ института изван одговарајућег контекста.

Кључне речи: *Агенцијски проблеми. Капитал друштва. Обавезно информисање. Одговорност према повериоцима. Рестриктивне кредитне клаузуле. Индивидуална средства обезбеђења.*

1. УВОД

Положај и инструменти заштите поверилаца у највећој (и најзначајнијој) мери регулисани су правилима грађанског права, и то пре свега облигационог. Правила која се примењују на однос повериоца и дужника у основи су једнака без обзира на то да ли су они физичка или правна лица. Међутим, повериоце привредног друштва поред облигационог права штите и посебна правила компанијског (и других сродних грана права), која покушавају да додатно ојачају њихов положај на основу чињенице да је друга страна – дужник у облигационом односу привредно друштво. Као најзначајнији разлог посебне заштите поверилаца привредног друштва истиче се ограничена одговорност у појединим формама друштава. Прецизније речено, друштво одговара за своје обавезе целокупном својом имовином, али не и његови чланови, који, по правилу, не одговарају за обавезе друштва (осим до висине уговореног улога).[1] Поред тога, разлог појачане пажње произлази и из разлике између физичких и правних лица (привредних друштава) у раздвајању моћи у доношењу одлука и одговорности личном имовином: док је код физичких лица она јединствена, дотле је код привредних друштава раздвојена, нарочито уколико у друштву постоји одвојено одлучивање и управљање између власника и директора (управе), што је готово редовно код већих друштава.[2] Поред тога, посебна заштита поверилаца наглашена је чињеницом сталног пословања друштва – дужника. Наиме, привредно друштво непрекидно стиче нова права и обавезе, те је неизвесно да ли ће неког тренутка у будућности моћи да испуни своје обавезе. Поред тога, пословање привредног друштва ризичније је и подложно утицају многобројних фактора који не постоје код појединаца.

[1] Неограничена одговорност чланова могућа је изузетно, испуњењем услова који пре свега подразумевају злоупотребу правне личности друштва. О том институту вид. више чл. 15 Закона о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004 (у даљем тексту ЗОПД), као и Мирко Васиљевић, *Компанијско право: Право привредних друштава,* Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 74 и даље.

[2] Peter Mülbert, „A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High Level Framework for Corporate Creditor Protection“, *European Business Organization Law Review* 7/2006, 364.

Обим обавеза и одговорност привредних друштава је значајна, па ангажује посебну заштиту економски слабијих или поверилаца који су на тај начин посебно изложени појачаном ризику. Међутим, иако се на први поглед чини да је ризик који имају повериоци привредног друштва већи у односу на повериоце физичких лица, у теорији се истиче да је он исти.[3] Разлика која, међутим, постоји састоји се у опортунистичком понашању (односно намерном повећавању ризика) лица која представљају друштво.[4] Наиме, директори и акционари по правилу су више склони да се ризичније понашају, јер не одговарају директно према повериоцима. Ипак, опортунистичко понашање до одређене мере може да постоји и код физичких лица.[5] Због тога се сматра да повериоци треба да се штите од оних ризика „које потпуно информисан, рационалан поверилац не би добровољно прихватио када је уговарао своје потраживање (... изузев ризика обичног пословног неуспеха, пошто је суштина принципа ограничене одговорности да се ризик пренесе на повериоце)".[6]

Правна наука, законодавство и пракса већ дуго трагају за оптималним инструментима заштите поверилаца, при чему основни проблем представља равнотежа потребе заштите наспрам слободе у пословању. То је такође питање баланса принудне интервенције у међусобне односе поверилаца и привредног друштва с једне, и права на избор у уређењу тог односа, с друге стране. У ширем смислу, то је избор између социјалне компоненте и апсолутне тржишне слободе, где однос преваге једног или другог принципа знатно варира у односу на тренутак и место када се преиспитује.

Проблем обима и инструмената заштите поверилаца стално је присутан не само у компанијском праву, већ је предмет и економских и социолошких анализа.[7] Предмет овог рада ће првенствено у обзир узети правна решења појединих најзначајнијих питања заштите, захватајући, тек узгред, и неке његове ванправне аспекте. Циљ рада усмерен је првенствено на шире сагледавање појединих института и њиховог међусобног утицаја у циљу дефинисања складног (колико је то могуће) система правила. При том, свако правило усмерено на заштиту поверилаца може да буде ефикасно само као део целине националног права, које једнако мора да буде сагласно са општим вредностима те средине. Није, стога, чудно, да задовољавајућа заштита

[3] *Ibid.*, 369.

[4] *Ibid.*

[5] *Ibid.*

[6] *Ibid.*, 370 371.

[7] Вид. на пример, William Bratton, „Bond Covenants and Creditor Protection: Economics and Law, Theory and Practice, Substance and Process", *European Business Organization Law Review* 7/2006.

поверилаца изазива жестоке полемике како у оквиру појединих националних права, тако и на глобалном нивоу, где се нарочито у оквиру ЕУ расправља последњих година о тим питањима.

Недовољно присуство те проблематике у нашој правној науци, али првенствено потреба даљег самосталног развоја домаћег (компанијског) права намећу потребу детаљније анализе овог правног проблема. Стога ће овде бити сагледана потреба заштите различитих категорија поверилаца, с напоменама који су основни инструменти у том циљу могући, као и с препоруком развоја правила која ће пре свега бити међусобно функционална и која ће тако представљати део целовитог система ефикасне правне заштите.

2. ИНТЕРЕС ПОВЕРИЛАЦА У ПРИВРЕДНОМ ДРУШТВУ

Савремена теорија компанијског права посматра привредно друштво као скуп многобројних интереса, који су некад у међусобном сукобу, и који подразумевају механизме њиховог усклађивања. Таква концепција види циљ компанијског права као „заштиту друштва као целине", насупрот друге концепције, по којој је циљ компанијског права искључиво заштита интереса акционара и вредности њиховог улога.[8] Привредно друштво је раније било оличено у сконцентрисаном акционарству, у коме је доминирало максимизирање добити.[9] Нова поимања посматрају привредно друштво као скуп различитих интереса, који „...постижу равнотежу као резултат моћи и превласти различитих учесника".[10] Ако се прихвати таква концепција друштва, присутнија како у теорији, тако и у законодавствима, нарочито европских земаља, онда она ближе значи „подстицање добробити свих (*aggregate welfare*) који су у додиру са активностима друштва, укључујући његове акционаре, запослене, добављаче и потрошаче, као и трећа лица, као што су локална заједница, па чак и сама природна околина".[11] Дакле, сва поменута лица имају одређени интерес у друштву, с тим да је кључно питање колики значај има сваки од њих. Такође, различити интереси често су супротстављени, па је оправдано сагледати механизме решавања таквих сукоба интереса.

Дакле, у мултиинтересном поимању друштва повериоци се појављују као особена скупина лица која има свој интерес у дру-

---

[8] Вид. више: Reinier Kraakman *et al., The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, Oxford 2009^2, 28.

[9] Ross Grantham, „The judicial extension of directors' duties to creditors", *Journal of Business Law* 9 10, January 1991, 12.

[10] *Ibid.*

[11] R. Kraakman *et al.,* 28. О агенцијским проблемима вид. више: *ibid.,* 35 и даље.

штву. Теорија компанијског права већ традиционално посматра тај феномен кроз тзв. трећи агенцијски проблем, који, поред тзв. првог агенцијског проблема (сукоб интереса власника и управе друштва) и другог агенцијског проблема (сукоб интереса мањинских и већинских власника), представља сукоб интереса друштва и других лица: поверилаца, добављача, потрошача, друштва као социолошког феномена, запослених итд.[12] Остављајући по страни друге интересе, и питање у којој мери компанијско право треба и мора да буде прожето правилима која су у вези са њиховом заштитом, задржаћемо се на интересу поверилаца. Њихов положај по правилу је заштићен облигационим правом, али и специфичним институтима и правилима компанијског права, о којима ће овде бити речи.

Интерес поверилаца потиче из њиховог специфичног положаја у друштву: док друштво испуњава своје обавезе према њима, они су само друга страна у облигационом односу. Међутим, у тренутку када друштво више није у могућности да испуни своје обавезе, положај поверилаца се мења и они постају „власници средстава друштва".[13] Због тога долази у обзир примена посебних института којима се превазилазе настали (агенцијски) проблеми.[14] У теорији се истиче да у односу акционара према повериоцима долази до изражаја сукоб интереса у неколико ситуација, у којима би се могла оправдати посебна заштита ових других. Пре свега, акционари могу да смањују имовину друштва и преносе је на себе или трећа лица (тзв. *разводњавање имовине*), а затим, применом правила ограничене одговорности не одговарају према повериоцима.[15] Поред тога, могуће је да акционари повећавају ризичност пословања, те на крају, да повећавају укупно дуговање друштва, и тиме штете како старим тако и новим повериоцима (тзв. *разводњавање дугова*).[16] Ради се о специфичном односу акционара према повериоцима, који, по правилу, није директан. Дакле, иако поступање акционара може да штети повериоцима, они ће се штитити иза правне личности друштва, са којим повериоци стоје у директном односу. Само изузетно је могуће да у одређеним случајевима дође до успостављања директног односа поверилаца

[12] О агенцијским проблемима писано је и у нашој литератури. Вид. на пример, Мирко Васиљевић „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми I", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009; Мирко Васиљевић „Корпоратив но управљање и агенцијски проблеми II", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2009; Вук Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друшта ва и корпоративно управљање", *Корпоративно управљање зборник радова* (ур. М. Васиљевић, В. Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, 235.

[13] R. Kraakman *et al.,* 115 116.

[14] *Ibid.*

[15] *Ibid.*, 116.

[16] *Ibid.*, 116 117.

према акционарима, пре свега применом установе пробијања правне личности.[17]

Друга перспектива односа, и евентуално друга раван сукоба интереса, може да постоји између управе (директор или управни одбор, односно други орган пословођења, зависно од решења упоредног права) и поверилаца. У том односу поставља се питање да ли је, пре свега, директор (или сходно члан управног одбора) директно одговоран повериоцима и у ком случају евентуално јесте, односно да ли његово деловање подразумева и заштиту интереса поверилаца, поред интереса друштва, као општи стандард његовог поступања.

Правила о поступању у интересу друштва редовно не обухватају дужност одређених лица да поступају и у интересу поверилаца, који, због тога, немају директно право према тим лицима. То значи да и између поверилаца и управе, односно директора, који иступају у име друштва, постоји правна личност друштва. Дакле, интерес поверилаца штити се тек посредно кроз интерес друштва. Нешто значајнија правила развило је континентално право у домену деликтне одговорности, која постоји у односу поверилац – директор само изузетно и то уколико су испуњени одређени услови.[18] По правилу ће за одлуке које је донела управа одговарати према повериоцима само друштво – дакле управа нема самосталну одговорност, јер она и не доноси одлуке у личном, већ у интересу, и у име и за рачун друштва.[19]

Англосаксонско право је однос директор – повериоци најчешће посматрало из угла фидуцијарних дужности и дужности пажње. Још раније је уочено да „...директори друштва у обављању својих дужности према друштву морају да воде рачуна о интересу својих акционара и својих поверилаца. Сваки пропуст директора да води рачуна о интересу поверилаца имао би негативне последице за друштво, као и за њих“.[20] Ипак, и тај и низ наредних случајева о којима је расправљано у енглеској пракси суштински указују на дужности ди-

---

[17] О другим модалитетима одговорности акционара биће речи касније.

[18] На пример, деликтна одговорност директора директно према повериоцима у француском праву предвиђена је уколико је директор повредио закон или други акт, односно статут друштва, или уколико је починио грешку у управљању. Вид. чл. 1850 Грађанског законика (*Code civile*) као опште правило, које је такође предвиђено у односу на друштво са ограниченом одговорношћу чланом L.223 22, односно за акционарска друштва чланом L.225 251 Трговачког законика (*Code de commerce*).

[19] Одговорност правног лица (па тиме и привредног друштва) и наше пра во је уредило кроз правила о деликтној одговорности правног лица за штету коју проузрокује његов орган у вршењу или у вези са вршењем својих функција чланом 172 Закона о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 31/1993 (у даљем тексту ЗОО).

[20] Коментар судије Мејсона у случају *Walker* v. *Wimborne* (1976) 50 *A.L.J.R.* 446, наведено према R. Grantham, 6 фн. 35.

ректора које се дугују само према друштву, па се и њихови поступци предузимају у интересу друштва.[21] При том је процена шта се сматра да је у интресу друштва спорна – све више је то и интерес поверилаца, чиме се традиционално поимање друштва као скуп колективног интреса његових акционара, све више мења.[22] Друштво нема само интерес да максимизира профит, већ да обавља своју делатност и опстане у времену, па сходно томе постоји потреба да друштво буде солвентно и да просперира у будућности.[23]

За разлику од устаљеног мишљења да не постоји директна обавеза рада у интересу поверилаца (већ тек само посредно кроз интерес друштва) све док је друштво солвентно, ситуација се битно мења уколико је друштво инсолвентно или на граници солвентности. Наиме, док је друштво солвентно поверилац може да намири своје потраживање директно од друштва, па му није у интересу директна одговорност неког другог. У ситуацији у којој друштво више није солвентно мења се позиција оних који сносе крајњи ризик у друштву – то више нису сами акционари, већ повериоци.[24] Логично је и да се од тог тренутка помера дужност директора ка повериоцима, као лицима чији интерес тог тренутка преовлађује у друштву.[25] Ипак, није суштинско у положају повериоца да ли (без обзира када и у којој мери) постоји дужност поступања у њиховом интересу, већ на који начин они могу да реализују такву обавезу. Чини се да је општа обавеза поступања у интересу поверилаца кроз општи интерес друштва прилично слаб, ако је то уопште, начин њихове заштите, ако тој обавези не одговара одговарајућа санкција. Због тога многа права познају инструменте стечајног и компанијског права који установљавају посебне дужности и одговорност пре свега директора за поступање које може да оштети повериоце, и зависно од националног права, правила се састоје у обавези покретања стечаја, и евентуалној одговорности уколико то није учињено, или уколико је друштво пословало а могло се очекивати да у будућности неће моћи да испуни своје обавезе. Ти институти у националним правима имају значајне међусобне разлике, али су функционално блиски и имају циљ посебне заштите поверилаца у случају када је њихов ризик појачан. Тако, на пример, енглеско право познаје институт несавесног пословања, а немачко одговорност у случају непокретања поступка стечаја, о чему ће бити речи касније.

[21] Детаљно са обимном судском праксом вид. R. Grantham, 8 и даље.

[22] *Ibid.*

[23] У складу са таквим виђењем се све више и у континенталним правима говори о тзв. *going concern* приступу, који подразумева способност друштва да у будућности измирује своје обавезе, односно да буде солвентно.

[24] R. Grantham, 9, 13 14.

[25] *Ibid.*

3. ПОВЕРИОЦИ ДРУШТВА

Повериоци друштва представљају на први поглед хомогену групу коју право (уопште, па и компанијско) штити бројним правним инструментима, у циљу заштите ширих друштвених интереса. Међутим, чак и површна анализа њихове заштите суочава се са чињеницом да међу повериоцима постоје различите групе. Њихово разликовање од значаја је за оцену ефикасности и домет појединих инструмената. Док је за неке групе поверилаца значајно предвидети заштиту посебним инструментима, дотле то није случај са другима. Неке категорије поверилаца биће нарочито изложене ризику, док ће друге групе самостално штитити своје интересе, те им посебна интервенција нормама компанијског права неће бити потребна. Сходно томе, покушаћемо да укажемо на оне категорије поверилаца чије разликовање битно утиче на избор и обим инструмената у циљу њихове заштите. Веза између појединих категорија поверилаца и различитих инструмената указује на комплексност проблема проналажења адекватне заштите поверилаца, и потребу обазривог приступа у прихватању или напуштању појединих инструмената.

3.1. Врсте поверилаца

Могући су различити критеријуми поделе поверилаца.[26]

Према вољи страна за заснивање облигационог односа повериоци могу да буду вољни и невољни (вољни су по правилу они из уговорних односа, а невољни најчешће у вези са проузрокованом штетом).

Према чињеници постојања посебног обезбеђења, они могу бити обезбеђени и необезбеђени.

Зависно од свог положаја у односу на друштво, могу бити повериоци унутар друштва или ван њега.

Зависно од извора настанка обавезе, могу бити повериоци из уговора о кредиту и из осталих уговора (или других извора облигација, али је онда релеватнија подела на вољне и невољне повериоце).

Према свом статусу повериоци могу да буду јавни и приватни.

Према економској величини и снази могу да буду економски јаки (јачи) или велики (већи) на једној страни, или слаби (слабији), односно мали (мањи) на другој страни.

---

[26] Неке од наведених категорија вид. код: Alexander Daehnert, „The minimum capital requirement an anachronism under conservation: Part 2", *Company Lawyer*, 30, 2/2009, 36 и даље.

Блиска подела претходној је и на повериоце са једним или више потраживања.

Најзад, правно је релеватна и подела на домаће и стране повериоце, нарочито из угла примене меродавног права и других правила међународног права.

Од наведених категорија неке имају мањи, а друге већи значај у односу на њихову заштиту. Наиме, разлике између поверилаца значајне су у односу на низ питања, почев од различитог положаја у коме се налазе у тренутку заснивања поверилачког односа, права која имају у погледу приоритета у намирењу (нарочито у вези са поступком стечаја), до других значајних питања, као што су могућност преговарања, уговарања обезбеђења, утицаја на другу уговорну страну, избора права и слично. Због тога се редовно истиче да је потпуно погрешно повериоцима друштва понудити јединствену правну заштиту.[27] Пре свега, у односу на потребу постојања и адекватност инструмената обавезне правне интервенције суштинска је подела прво на вољне и невољне, а затим и на обезбеђене и необезбеђене повериоце. У односу на прву поделу, о којој ће бити више речи, нарочито се указује на разлику у инструментима, али и постојање другачијег циља заштите и мере интервенције.[28]

Разликовање поверилаца релевантно је и према критеријуму обезбеђења, те се сви могу сврстати у групу обезбеђених или необезбеђених поверилаца. Ова подела има највише значаја у односу на смисао и посебно потребу обавезне заштите поверилаца. Наиме, док у односу на прве према многим мишљењима најмање, или, чак, уопште не постоји потреба посебне правне интервенције,[29] дотле за необезбеђене повериоце редовно није спорна потреба, већ ефикасност средстава.

Сличан је значај поделе поверилаца на оне који имају само једно наспрам оних који имају велики број потраживања. Док ће за прву групу бити значајно пружање посебне заштите, да би намирили своје потраживање; дотле је за друге таква посебна интервенција од мањег значаја. Наиме, уколико поверилац има више потраживања (што је уобичајено у правном промету у коме учествују привредни субјекти), он има могућност да ризик ненамирења распрши на велики број потраживања.[30] Он чак по правилу и рачуна да одређени број

[27] Reinier Kraakman, „Concluding Remarks on Creditor Protection“, *European Business Organization Law Review* 7/2006, 470.

[28] *Ibid.*

[29] Paul Davies, „Directors’ Creditor Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency“, *European Business Organization Law Review* 7/2006, 308.

[30] P. Mülbert, 372.

потраживања неће успети да реализује и по правилу тај ризик улази у укупну цену коштања робе или услуге.[31]

Ипак, несумњиво да иако такве поделе имају значај у преиспитивању потребе интервенције посебним инструментима, нарочити утицај у томе има подела на повериоце на основу њихове воље да ступе у тај однос.

3.2. Вољни повериоци

Вољни повериоци су они који својом вољом одлучују да успоставе однос са дужником – привредним друштвом. Најчешће ће то учинити на основу неког уговора. Без обзира на начин настанка обавезе, правни значај те поделе лежи, пре свега, у чињеници могућности *избора* дужника. Поверилац се, пре свега, опредељује да ли уопште да уђе у однос или не. Уколико то чини, онда има могућност да прецизира услове будућег односа, пре свега на индивидуалној основи. Дакле, вољни поверилац обликује услове и модалитете односа са дужником. Али, питање је да ли то *заиста* и чини, или може да чини сваки вољни поверилац. Стога у оквиру ове групе постоје разне значајне подгрупе.

Као најзначајнија категорија вољних поверилаца у теорији се сматрају *банке и друге кредитне институције*. Тешко је замислити модерно привредно друштво које неког тренутка у свом постојању нема потребу за позајмљеним средствима, која добија од банке на основу разних уговора о кредиту. Банка је заиста специфичан поверилац. Она је по правилу добро обавештена и има јаку позицију на тржишту, пре свега у преговарању и могућности да обезбеди на разне начине своје потраживање. Она има највећу (или макар значајну) могућност расподеле ризика, чиме своди ризик лоших потраживања на минимум. Често се, због тога, за банку као повериоца истиче да због свог специфичног положаја нема потребе да се (претерано) штити правилима компанијског права, јер „може добро сама о себи да брине“.[32]

Пре свега, ризик ненаплативог потраживања код банке сведен је на низак ниво, јер сама „камата коју даваоци кредита наплаћују представља компензацију за ризик да ће се дужник лоше понашати“.[33] Затим, банка је по правилу добро информисана о финансијској ситуацији својих дужника. Она свакако користи све расположиве информације о друштву, на основу којих процењује способност дужника да испу-

---

[31] *Ibid.*

[32] A. Daehnert, 36 7.

[33] Luca Enriques, Jonathan Macey, „Creditors versus capital formation: The case against the European legal capital rules“, *Cornell Law Review* 86/2000 2001, 1172.

ни обавезе у времену. У тим информацијама ће значајно место имати како подаци о капиталу друштва, тако и финансијски извештаји, посебни извештаји, и друге информације доступне јавности (планиране статусне промене, преузимања и слично), али и предвиђања у погледу будуће финансијске ситуације (солвентност у наредном периоду). Међутим, осим ових општих информација које иначе стиче на основу јавних регистара и других средстава информисања, односно разним информацијама које се обавезно објављују, банка често добија и користи посебне (приватне) информације. Она их прикупља путем разних специјализованих агенција које анализирају кредитну способност и понашање дужника у односу на претходна задуживања.[34] Често ће управо ти подаци бити од највећег значаја за процену ризика коју овакво задуживање носи.

Иако је банка најчешће у позицији да испитује колики је капитал друштва (што је реткост за мање повериоце, и уопште у односу на стандардне услове трговине), као и да прикупи друге разне податке, она се по правилу неће задовољити таквим општим обезбеђењем. Наиме, банка ће најчешће инсистирати и на додатним – индивидуалним средствима обезбеђења. Ту у обзир долазе све уговорне могућности самосталне заштите поверилаца. Дакле, поред прикупљених посебних (приватних) информација, банка ће најчешће уговарати посебне клаузуле у уговорима о кредиту, инсистираће на средствима личног и реалног обезбеђења, и захтеваће уговарање појединих врста осигурања.[35] Дакле, банка је у позицији (зато што је економски јака, и зато што од ње зависи финансирање, које се, по правилу, на други начин не може добити), да се нарочито заштити у односу на свог дужника. Такав начин обезбеђења банака доводи до раздвајања ризика у случају губитка, јер га осим друштва сносе и сами чланови.[36] То је нарочито случај уколико су уговорили неку врсту личног и стварног обезбеђења своје имовине, те ће одговарати том имовином за евентуалне губитке друштва, а не ограничено.[37] На тај начин се умањује принцип ограничене одговорности, који иначе важи у односу на њихов положај према потенцијалном ризику од губитака и инсолвентности друштва.[38] Изузетак од ограничене одговорности уговарањем разних средстава обезбеђења је могућност само „јачих" поверилаца, као што је банка. На тај начин само она може да

---

[34] R. Kraakman (2006), 467.

[35] О тим инструментима вид. више касније, односно код: P. Mülbert, 375 и даље.

[36] Horts Eidenmüller, Barbara Grunewald, Ulrich Noack, „Minimum capital in the System of Legal Capital", *Legal Capital in Europe* (ed. M. Lutter), *European Company and Finacial Law Review*, Special Volume 1, De Gruyter Recht 2006, 26.

[37] *Ibid.*

[38] *Ibid.*

се намири из личне имовине чланова, односно акционара, док је то немогуће другим повериоцима, који своје захтеве имају само према друштву – капитал је у том случају њихово једино обезбеђење.[39]

Дакле, из изложених основних карактеристика банке као повериоца, јасно је да значај имају готово сви институти заштите, нарочито они који представљају превентивну заштиту, али пре свега као претходно обавештење у циљу каснијег индивидуалног обезбеђења оваквих дужника. То значи да је из угла оваквих поверилаца постојећа императивна заштита ако не сувишна, онда макар ограниченог домета. Ипак, ни за банку нису „сувишна“ сва средства императивне заштите. На пример, капитал друштва и правила о његовом одржавању служе и банци, јер се она редовно намирује из капитала (солвентног друштва). Поред тога, нарочито могу да користе информације које друштво обавезно објављује. Није спорно да би банка и иначе била у позицији да од дужника захтева увид у, на пример, његове финансијске извештаје. Међутим, већ постојеће информације чине јефтинијим и једноставнијим прикупљање информација, и тиме директно утичу на цену кредита коју наплаћује банка. Дакле, банка може на основу своје позиције и сама да се заштити, али је већ установљеним обавезним правилима она већ на почетку у повољнијој позицији и има корист од предвиђених инструмената. Неспорно је, такође, да она ипак може да се користи (и по правилу то чини) инструментима којима други не могу.

Другу категорију вољних поверилаца која је од нарочитог значаја за привредно друштво представљају добављачи, произвођачи, дистрибутери и друга *лица која са друштвом стоје у сталним пословним односима*. Као и банке, и ова група поверилаца је по правилу у сталном односу са привредним друштвом. Међутим, већ на први поглед се види њихов различит положај и значајнија потреба за постојањем обавезних правила којима се штите. Док се банке по правилу обезбеђују индивидуалним средствима заштите (обезбеђења, уговорне клаузуле), дотле се лица у сталним уговорним односима по правилу обезбеђују имовином самог друштва.[40] Међутим, и међу њима ипак постоје разлике. Они могу да буду равноправни са привредним друштвом или могу да буду у надређеном или подређеном положају, могу да буду у трајнијим или краћим пословним односима, економски јачи или слабији. Док је позиција јачих поверилаца слична банкама, дотле се мањи повериоци ређе штите уговорним средствима обезбеђења. Разлог лежи како у економској позицији таквог повериоца, тако много више и у начину успостављања пословних односа, где је уобичајено закључивање типских или уговора по приступу.

[39] *Ibid.,* 26, 40.

[40] A. Daehnert, 37.

Стога мањи или слабији повериоци рачунају као део свог редовног пословања на ризик, те врше његову диверсификацију на већи број дужника, што евентуално утиче на цену услуге или робе, али не у тој мери да би се захтевала посебна средства обезбеђења.[41] Евентуална потреба заштите „средњих" поверилаца, како по јачини, тако и по времену у коме се креће испуњење потраживања за које није погодан систем заштите „јаких" (средства обезбеђења, кредитне клаузуле), али ни „слабих" поверилаца (ширење ризика на цену коштања робе или услуге) покреће питање потребе посебне заштите.[42] Међутим, и код њих је могуће да се нађе адекватна заштита или кроз уговорна средства, или кроз диверсификацију ризика, или евентуално кроз цену коју такав поверилац плаћа за ексклузивност у односу на другу уговорну страну, уколико је то случај.[43] Неки повериоци, као што су они која пружају услуге, налазе се по правилу у најризичнијој групи поверилаца у сталним пословним односима.[44] Они не могу да се обезбеде путем робе коју достављају, као код добављача. Зато би код њих такође било могуће ширење ризика, као апстрактног (и бољег) метода заштите у односу на обезбеђење као индивидуалну заштиту.[45] Дакле, као и у односу на банку, тако и ова група поверилаца нема потребу посебне заштите. Они то успевају или индивидуалним средствима, нарочито када имају преговарачку моћ, или диверсификацијом ризика, у случају оних мањих и у односу на потраживања мањег обима. Међутим, у односу на ову категорију још више долазе до изражаја обавезна средства обезбеђења. Пре свега капитал, као средство основног обезбеђења, нарочито за оне мање (који увек сносе одређени ризик, само је питање колики и у којој мери то утиче на цену робе и услуге). Такође, и у односу на објављивање израженији је значај у односу на банку. Док ће банка располагати приватним информацијама, пословни партнери не морају. Нарочито у пословним односима са страним дужницима јавно објављивање информација и њихова лака доступност (преко, на пример, Интернета) могу да буду од одлучујућег значаја на заснивање односа и избор пословних партнера. Дакле, и овде је несумњив значај информисања као јефтинији и бржи начин заштите у односу на друге алтернативе. Међутим, неспоран је значај и механизама *ex post* одговорности. Стални пословни партнери очекују да је друштво солвентно, па би у супротном одговорна лица која су се понашала противно одређеним стандардима додатно могла да ојачају њихов положај. Дакле, већ код

---

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

43 Вид. више, *ibid.*

44 *Ibid.*

45 *Ibid.*

ове категорије готово једнак значај може да се да како индивидуалној, тако и обавезној заштити.

3.3. Невољни повериоци

Невољни повериоци представљају најспецифичнију групу поверилаца, чији се интереси често истичу у дефинисању правила која имају „заштитни" карактер (попут правила о капиталу друштва). Наиме, ова лица не бирају свог дужника, и не могу да се унапред о њему обавесте нити обезбеде, те је једини преостали начин претходне заштите да само друштво буде у могућности да испуни своје обавезе према њима. Потреба заштите поверилаца из деликта се, према неким мишљењима, нарочито састоји у повећаном ризику од опортунистичког понашања акционара, јер искуство потврђује да се често друштва која се баве „опасним" делатностима поткапиталишу или се из њих повлаче средства.[46] Осим тога, истиче се да заштита поверилаца из деликта није ствар само или искључиво накнаде, већ „ефикасног рачунања трошкова и заштите друштва као целине".[47] Дакле, код ових поверилаца није питање само ефикасности или примерености заштите, већ шири проблем социјалне компоненте компанијског права и све чешће истакнуте друштвене одговорности компанија.[48]

Неки аутори истичу да је много значајнија подела поверилаца не само на невољне, већ оне који не могу да преговарају о својим потраживањима, што су по правилу повериоци из деликта или држава, али не и други уговорни повериоци који због своје величине или начина пословања не могу да уговоре посебна средства обезбеђења.[49] Они, наиме, не уговарају услове под којима улазе у поверилачки однос, али ипак могу да одреде обим потраживања, на основу ризика који преузимају.[50] Стога је значајно да се свим таквим повериоцима (који не могу да преговарају о свом положају) једнако пружи додатна заштита.[51]

Без обзира на то да ли се мисли на невољне или повериоце који не могу да преговарају, основна средства њихове заштите карактерише да она не може да буде превентивна на индивидуалној основи. Заштита може да буде превентивна само на страни друштва (фактори који утичу на солвентност друштва – опстанак само финансијски со-

---

46 R. Kraakman *et al.,* 120

47 R. Kraakman (2006), 470.

48 О тој теми писано је и код нас, вид. Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање: правни аспекти*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007, 55 и даље.

49 R. Kraakman *et al.,* 120.

50 *Ibid.*

51 *Ibid.*

лидних друштава – пре свега правила о капиталу и солвентности).[52] Заштита може да буде и накнадна – кроз могућност утврђивања таквих потраживања као приоритетних у поступку намирења, нарочито стечаја – што по правилу није случај за повериоце из деликта (иако некад јесте предвиђено за државу као повериоца).[53] Велики значај овде има заштита кроз одговорност друштва алтернативно или кумулативно са одговорношћу појединих лица. У литератури се нарочито истиче одговорност акционара, сразмерна или чак и потпуна, у случају директне контроле ризичних активности.[54] Неки чак предлажу и корпоративну кривичну одговорност за несавестан надзор над запосленима.[55]

Поред правила о одговорности појединих лица, најзначајнија заштита у погледу деликтне одговорности је обавезно осигурање од одговорности.[56] То је нарочито случај у односу на она друштва која обављају ризичне или такве активности где постоји потенцијална опасност од наношења штете већих размера великом броју лица. У таквим случајевима ниједан инструмент заштите не може да буде довољно ефикасан, укључујући и грађанску одговорност одређених лица, као што то може осигурање. Али, јасно је да је оно ипак врло ограничено у погледу специфичних делатности и за релативно узак круг потенцијалних случајева.

Посебна заштита усмерена на заштиту само ове категорије поверилаца се, ипак, често критикује, јер се истиче да је ризик тих лица једнак као и да су у поверилачком односу са сваким другим физичким лицем – ризик инсолвентности стоји без обзира на то ко је дужник.[57] Тим пре јер уз одговорност друштва некада може да постоји и лична и неограничена одговорност његових чланова као правило код друштва лица, односно код друштава где је одговорност чланова ограничена до висине улога изузетно (пре свега у случају незаконитог поступања и злоупотребе).[58]

На основу већ изложених граница осигурања јасно је да овој категорији поверилаца, много више него другима, значи солвентност друштва и његова финансијска стабилност. Зато је нарочито значајан утицај правила о капиталу: минимуму и његовом одржавању у одређеним границама. Ипак, све чешће се у теорији управо ти инструменти најчешће критикују, о чему ће касније бити више речи.

---

52 A. Daehnert, 40.

53 *Ibid.*

54 R. Kraakman *et al.,* 121.

55 R. Kraakman (2006), 470.

56 *Ibid.*

57 A. Daehnert, 40.

58 *Ibid.*

3.4. Остале категорије поверилаца

Велики друштвени значај са значајним особеностима има положај поверилаца који улажу у дужничке (серијске) хартије од вредности које издаје друштво. Посебна заштита оправдана је не само друштвеним интересима заштите поверилаца, већ и подстицањем таквих врста улагања, јер представљају један од најзначајних видова финансирања друштава. Ризик који преузимају повериоци приликом улагања у дужничке хартије од вредности процењује се на основу информација које прате емисију тих хартија. Стога је редовно предвиђено објављивање бројних података, како о самом друштву, тако и о хартијама од вредности које издаје. Међутим, адекватна заштита није могућа само на основу обавезног информисања. Због тога нарочити значај има веза информисања са евентуалним санкцијама у случају повреде те обавезе. Нарочито је у том смислу важна одговорност у случају необјављивања информација, или објављивања неистинитих и непотпуних информација у које се повериоци (шире инвеститори) поуздају. Код питања одговорности редовно је једно од највише истицаних проблема круг лица која се сматрају одговорним у случају повреде правила о информисању. То су лица која су састављала извештаје или друге исправе са информацијама, они који су вршили контролу, чланови управног одбора (проблем је да ли су то сви чланови или само неки: председник, извршни директори и слично), лица која врше званичан надзор (Комисија за хартије од вредности) и друга лица.[59]

Поред јединствене заштите ове категорије поверилаца путем правила о обавезном објављивању и овде може да се уочи постојање различитих група. Нарочито је од значаја њихова подела према могућности управљања или изласка из дужничко-поверилачког односа, а такође и могућност коришћења позиције стручног или професионалног улагача.[60] Ти повериоци могу брже и боље да процене негативно пословање лошег дужника, и на време продају своје

[59] У том погледу домаће право установљава одговорност за штету издаваоца, као и солидарну одговорност ревизора и других лица која су учествовала у припре ми проспекта за издавање хартија од вредности, а исто правило односи се и на одго ворност у погледу годишњих и других финансијских извештаја, као и објављивања других података, попут извештаја о битним догађајима, извештаја учесника на ор ганизованом тржишту и слично. Вид. чл. 27 и 69 Закона о тржишту хартија од вред ности и других финансијских инструмената, *Службени гласник РС*, бр. 47/2006 (у даљем тексту ЗОТХВ). У погледу Комисије за хартије од вредности искључена је од говорност за истинитост и потпуност података наведених у проспекту и скраћеном проспекту. Вид. чл. 27, ст. 8 ЗОТХВ.

[60] Вид. више о стручном, односно професионалном улагачу: Небојша Јовановић, *Уџбеник берзанског права,* Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 90 95.

хартије, док неуки улагачи по правилу немају довољно информација (или знања да би искористили доступне информације) којима ће на време моћи да се заштите од, на пример, знатног пада вредности хартија, или других околности на тржишту које утичу на њихово потраживање.[61] Њихова заштита је, у мери у којој је то могуће, усмерена на транспарентност пословања и обавезно објављивање информација од значаја за инвеститоре. Поред тога, велики значај овде имају и правила усмерена на забрану манипулација на тржишту, као и коришћење привилегованих информација, као супротност информацијама које су јавно доступне.

Међутим, за положај ималаца обвезница важна је чињеница да постоји могућност њихове (јавне) трговине, чиме се омогућава ширење ризика на друге имаоце обвезница.[62] За ову категорију поверилаца је такође од великог значаја и постојање различитих уговорних (рестриктивних) клаузула. За разлику од таквих клаузула банака у уговорима о кредиту, оне су, по правилу, шире и прилагодљивије, јер би сувише ригидне клаузуле касније теже могле да се мењају, јер би за то била неопходна сагласност ималаца обвезница.[63] Пошто је често њихов број велики, једино решење би било одржавање њихове скупштине.[64]

Следећу значајну категорију поверилаца представља и сама држава. Иако се у теорији сврстава у категорију „слабијих" поверилаца,[65] чини се да њен положај ипак није тако лако дефинисати. Наиме, у одређеним случајевима положај државе као повериоца побољшан је могућношћу да се појави у посебном односу према дужнику у поступцима јавне набавке, државне помоћи или приватизације, са посебним овлашћењима, чиме успева да за себе задржи значајан утицај у односу на привредна друштва, и таквим инструментима заштити свој положај и овлашћења, чак и када је у улози повериоца.[66] Поред тога, иако је држава по правилу „невољни" поверилац, она (као и друга јавна тела) установљава и посебан (често привилегован) режим у погледу испуњења обавеза дужника (попут плаћања пореза или других јавних давања).[67] Такође има привилегован положај у

61 Francesco Denozza, „Different Policies for Corporate Creditor Protection", *European Business Organization Law Review* 7/2006, 411.

62 Klaus Schmidt, „The Economics of Covenants as a Means of Efficient Creditor Protection", *European Business Organization Law Review* 7/2006, 93.

63 *Ibid.*, 333.

64 *Ibid.*

65 L. Enriques, J. Macey, 1171.

66 О томе вид. више Светислав Табороши, „Природа одговорности менаџ мента према кредиторима", *Корпоративно управљање,* други део (ур. М. Васиљевић, В. Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 385 6.

67 P. Mülbert, 366.

стечају.[68] Ипак, новије законодавство у појединим питањима отклања раније постојећи приоритет у намирењу потраживања, те се држава изједначава са другим повериоцима.[69]

Најзад, треба истаћи да је у позицији повериоца могуће да се нађе и члан управе, акционар (члан друштва) или запослени, што додатно оптерећује правила у односу на заштиту поверилаца, а чини се са правом у први план намеће правила о сукобу интереса.[70] Осим тога, то отвара и друге агенцијске проблеме, које одликује вишедимензионалност односа. Нарочито је истакнут проблем приоритета у намирењу поверилаца унутар друштва, према онима који су ван њега. Због тога нека права предвиђају посебна правила, на пример, увођењем института зајма уместо капитала, којим се решава један од најчешћих случајева сукоба интереса члана који је уједно и у позицији повериоца са другим повериоцима.[71]

С друге стране, и положај запослених је прилично специфичан, јер поред проблема поверилачко-дужничког односа уводи и радно-правне проблеме, па и социјалну компоненту. Према неким мишљењима њихова примерена заштита остварује се путем института радног права.[72] Постоје и ставови према којима управо систем компанијског права значајно утиче на заштиту запослених, и који се састоји у унутрашњој контроли коју врше запослени својим учешћем у појединим органима (надзорни одбор) друштва.[73] Неспорно је да унутрашња и спољна контрола значајно утичу на ефикасну заштиту запослених уопште. У нашем позитивном праву тренутно је напуштен систем регулисања положаја запослених компанијским правом, а такође и њихово непосредно укључивање у органе друштва. С друге стране, значајно средство обезбеђења остварено је у стечајном

[68] Вид. чл. 54 Закона о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009 (у даљем тексту ЗОС).

[69] На пример, у погледу пореза и других дажбина ред првенства се према Закону о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар (*Службени гласник РС*, бр. 57/2003, 61/2005 и 64/2006) одређује према времену уписа у Реги стар залоге (чл. 34).

[70] Код нас вид. С. Табороши, 401.

[71] Вид. на пример, чл. 39, ст. 1, тач. 5 и ст. 4 и 5 немачког Закона о стечају (*Insolvenzordnung*) који предвиђа слабији положај таквих поверилаца у односу на „обичне" повериоце. За теоријску анализу вид. Thomas Bachner, *Creditor Protection in Private Companies: Anglo German Perspectives for a European Legal Discourse*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, 138 и даље. У нашем праву усвојен је такође институт „зајма уместо капитала" у чл. 232 ЗОПД, са нешто другачијим положајем у стечају (положај обичног, а не привилегованог повериоца).

[72] R. Kraakman (2006), 470.

[73] Gerard Hertig, „Codetermination as a (Partial) Substitute for Mandatory Disclosure?", *European Business Organization Law Review* 7/2006, 128 и даље.

праву њиховим приоритетним намирењем у односу на неке друге врсте поверилаца.[74] Ипак, као и у односу на друге групе поверилаца, оправдано би било преиспитивање њиховог балансираног учешћа и кроз компанијско-правну регулативу. Такав њихов положај може да има не само оправдање у погледу ефикасне заштите запослених, већ и шири значај у коме се води рачуна и о њиховим интересима, што може да има позитивне ефекте и за само привредно друштво.

4. ЦИЉЕВИ КОМПАНИЈСКОГ ПРАВА ЗАШТИТА НАСПРАМ ЕКОНОМСКЕ ЕФИКАСНОСТИ

Развој идеја о циљевима компанијског права уопште, па и о месту заштите поверилаца годинама се битно мењао. Тако је у континентално европском правном систему значајну улогу имала заштита значајних правних, економских и друштвених вредности. Битна одлика тих (компанијских) права, биле су одредбе којима се штите мањински акционари, запослени, па и повериоци, и то нарочито у већим (отвореним акционарским) друштвима.[75] Насупрот њима, земље англосаксонске правне традиције одликовао је израженији став о аутономији уговорних страна у питањима компанијског права,[76] који временом продире и у Европу аргументима ефикасности, пре свега кроз уочљиво стицање профита и снажну економску експанзију. Осим тога, интеграција тржишта и глобализација играју значајну улогу у пословним активностима друштава и објашњавају значајан утицај англосаксонског (пре свега америчког) права.[77] У тим системима за повериоце нису предвиђена посебна правила компанијског, већ само општа правила грађанског (и стечајног) права, а повериоци су дужни да сами брину о својим интересима, и да сносе евентуалани ризик у пословању са привредним друштвима.[78] Разлози за такав приступ могу се наћи како у различитој културној, тако и правној клими тих земаља.[79] Међу правним чиниоцима у Америци се, на пример, на-

[74] Вид. чл. 54 ЗОС.

[75] Werner Ebke, „The European Conflict of Corporate Laws Revolution: *Überseering*, Inspire Art and Beyond“, *European Business Law Review* 2005, 14.

[76] *Ibid.*

[77] Eilis Ferran, „The Place for Creditor Protection on the Agenda for Modernisation of Company Law in the European Union“, *European Company and Financial Law Review* 2/2006, 186.

[78] Повериоци ће увек на крају сносити ризик пословања друштва, само је питање да ли ће постојати инструменти којима ће тај ризик покушати да се смањи.

[79] Robert Drury „The ‘Delaware Syndrome’: European Fears and Reactions“, *Journal of Business Law* November 2005, 732 и даље.

рочито истиче федерално регулисање стечајног права, у коме се видела најзначајнија заштита поверилаца,[80] за разлику од компанијског права, које је остало регулисано правом појединачних држава и које је карактерисала јака тенденција „такмичења законодаваца“, те није постојала потреба ни жеља изричите заштите поверилаца. Значајни су и економски разлози, попут општеприхваћеног мишљења да је тржиште ефикасније у креирању правила која се тичу заштите поверилаца, и да никада закон не може да надомести различите потребе и предвиди разне ситуације у којима заштита може значајно да варира.[81] Последица таквог приступа довела је до значајно различитог положаја поверилаца у континенталном (па и комунитарном) правном систему, у коме право штити повериоце, док их у систему права САД (и мање Енглеске, које је под значајним утицајем комунитарног права) штити уговор.[82] Додуше, многи аутори истичу релативност поделе права на *civil law/common law* системе, и истичу да унутар тих породица постоји исти оквир у коме постоје инструменти заштите, само су варијанте различите.[83] При том се већа важност у обликовању права види у неколико других околности: акционарској структури, развоју стечајних правила и правилима о одговорности.[84] Тако се у односу на акционарску структуру истиче да постојање сконцентрисаног акционарства (попут Немачке) и сконцентрисаног кредитирања доводи до прихватљивијег регулаторног приступа у заштити поверилаца, док дисперзовано акционарство (Америка) са ограниченим концентрисањем банака чини да су дугови дисперзовани, па су повериоци шира хетерогена група, којој више одговарају индивидуални системи заштите.[85] У односу на стечајна правила, разлика се састоји у јачем или слабијем положају поверилаца на основу овлашћења у току поступка.[86] Најзад, правила о одговорности у

[80] Вид. више: *ibid.*, 736.

[81] Вид. E. Ferran, (2006), 188 9.

[82] R. Drury, 737. Вид. и: L. Enriques, J. Macey, 1173 и даље.

[83] R. Kraakman *et al.,* 147.

[84] Детаљно вид. *ibid.*, 148 и даље.

[85] *Ibid.* Француска такође има концентрисани капитал, али је држава често и власник и поверилац (кроз државне банке) што утиче на „мекши“ став у односу на стандардизована правила, док Велика Британија има дисперзовани капитал, али концентрисано позајмљивање, па је режим ближи америчком, али уз присуство им перативних правила, *ibid.,* 149.

[86] Амерички систем истиче јачи положај дужника, јер постоји велики број по верилаца из издатих обвезница, као широко распрострањеног начина финансирања, док са друге стране В. Британија, Немачка, Италија имају обрнуту ситуацију, где повериоци имају широка овлашћења у односу на стечајни поступак, заснован на основном начину финансирања путем банака. Вид. више R. Kraakman *et al.,* 149 150.

компанијском праву строжа су у континенталној Европи, а значајно слабија у Америци.[87]

Различит утицај појединих националних правила видљив је и у комунитарном компанијском праву, с тим да је развој правила о заштити поверилаца последица природног развоја, а не унапред смишљеног пројекта.[88] Ради тога су предузети разни кораци, који се су махом сводили на поступак хармонизације, који је требало да с једне стране ублажи разлике националних права, а да, при том, заштити интересе одређених категорија лица – чланова друштва, поверилаца и запослених, као и свих оних који имају интерес у привредном друштву.[89] Суштина одредби које се доносе у циљу заштите интереса акционара и поверилаца значила је да су та лица сигурнија да у правном окружењу, које подразумева минимум хармонизованих правила, наступају као улагачи, даваоци кредита или други учесници на тржишту, чиме је омогућена и олакшана потреба друштва за финансирањем, а уједно су тиме подстакнути економски циљеви, постављени на нивоу ЕУ.[90]

Међутим, временом се појачавају критике на рачун хармонизације и расте притисак на другачији приступ у компанијском праву путем америчког концепта ефикасности. Тако је Извештај Групе стручњака компанијског права нагласио, између осталог, да основни циљ који треба имати у виду у погледу развоја компанијског права јесу „ефикасност и компетитивност пословања", док до сада усвојене мере, које су искључиво штитиле интересе чланова и поверилаца, а да при том нису биле довољно или уопште ефикасне, представљају терет за друштво, а при том не гарантују заштиту права којима су намењене.[91] Самим тим „заштита поверилаца више није претпоставка када се говори о компанијском праву ЕУ".[92] То је, наравно, довело и до потребе преиспитивања постојећих инструмената којима се штите повериоци, попут (хармонизованих) правила о капиталу друштва, и

[87] *Ibid.*, 150.

[88] P. Mülbert, 360.

[89] Хармонизација која је уследила на основу тако формулисаних циљева ре зултирала је са око десетак Директива. Успех остварених резултата је, међутим, и даље споран и противречан.

[90] Richard Buxbaum, Klaus Hopt, *Legal Harmonization and the Business Enterprise: Corporate and Capital Market Law Harmonization Policy in Europea and the U.S.A.*, Walter de Gruyter, Berlin New York 1988, 201.

[91] Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, 4 November 2002. (у даљем тексту Report of the High Level Group), *http://ec.europa.eu/internal market/company/modern/index en.htm#background* (4.5.2010), 4, 30.

[92] E. Ferran (2006), 181.

то пре свега у односу на прописивање његовог минималног износа и правила о његовом одржавању.[93]

5. ИНСТРУМЕНТИ ЗАШТИТЕ ПОВЕРИЛАЦА

Поређење нивоа заштите поверилаца често се чини путем поређења појединих института који су установљени или доприносе том циљу. Међутим, тешко је те инструменте посматрати изоловано, нарочито ван оквира и без утицаја других правила националног права у коме функционишу.[94]

С једне стране, повериоци се сматрају као једна од категорија лица којима је неопходна заштита. С друге стране, све је чешћа економска анализа појединих правила, па економски показатељи указују на потребу примене неке норме или правила. Следећи идеју компромисног поимања компанијског права које мора да буде ефикасно, али и да пружи неопходну заштиту одређеним категоријама лица (о томе је више било речи у претходном поглављу), уведени су бројни правни инструменти. Њихов оптимални циљ била би заштита поверилаца тако да њене *друштвене користи* надмаше њену цену.[95] Дакле, питање је који ће механизми бити оптимални у заштити поверилаца, с једне стране, и стварања економски позитивних резултата (и у односу на само друштво), с друге стране.[96]

Укратко речено, два су најзначајнија начина којима се штите повериоци: заштита на основу индивидуалног односа повериоца са дужником, која представља својеврсну „самопомоћ“,[97] односно постојање обавезних института којима се штите (по правилу) сви повериоци.

---

93 Иако је на основу Извештаја групе експерата Европска комисија донела План акције у области компанијског права, он је и даље на прво место ставио циљ заштите интереса чланова и поверилаца, сматрајући га основом политике Уније, а поред њега истакао је и принцип ефикасности и конкурентности пословања, иако чини се тек на другом месту. Вид. *Communication from the Commision to the Council and the European Parliament: Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union A Plan to Move Forward*, Commision of the European Communities, Brussels, 21.5.2003, COM (2003) 284 final, *http://ec.europa.eu/internal market/company/modern/index en.htm* (4.5.2010), 8 и даље.

94 Зато поједини аутори истичу функционални приступ у проучавању целокупног система правила заштите поверилаца. Вид. P. Mülbert, 363.

95 John Armour, *Share capital and creditor protection: Efficient rules for a modern company law?,* Working Paper 148, University of Cambridge, December 1999, 1.

96 R. Kraakman *et al.,* 2009, 37.

97 P. Mülbert, 375 и даље.

5.1. Индивидуална заштита поверилаца

Посебна индивидуална заштита поверилаца у компанијском праву могућа је на неколико најчешћих начина.[98] Пре свега, прикупљањем података о дужнику, и другим начинима обавештавања на индивидуалној основи. У том погледу најзначајније су приватне информације, нарочито оне које немају друга лица. По правилу приватно информисање поверилаца јесте у интересу дужника. Ипак, оно битно зависи од самог повериоца и његове економске снаге, постојећих пословних веза међу уговорним странама и слично. Због тога могућност информисања на индивидуалној основи зависи од околности, али је извесно да док некима стоји на располагању као средство заштите, то није случај и са другима.

Друго значајно средство индивидуалне заштите представљају разна средства личног или стварног обезбеђења од друштва, управе (директора) или самих акционара (чланова). Затим, индивидуалну заштиту појединим категоријама поверилаца нарочито може да пружи закључивање уговора о осигурању од одговорности. Већ је истакнуто у којој мери то средство може да допринесе у заштити невољних поверилаца, нарочито у односу на обављање појединих „опасних" делатности. Ипак, већ је истакнут и његов ограничен домет и ефикасност.

Најзад, у теорији компанијског права се као најзначајније (специфично) средство индивидуалне заштите сматрају рестриктивне (кредитне, односно уговорне) клаузуле. Рестриктивне клаузуле представљају посебне уговорне одредбе према којима поверилац (по правилу банка) има могућност да ограничи или утиче на пословање дужника.[99] Клаузуле се уговарају с циљем да кредитна способност дужника не буде смањена током трајања уговора.[100] У случају њихове повреде поверилац има редовно право на раскид уговора о кредиту, уз обавезу враћања свих преосталих дугованих износа.[101] Ове клаузуле широко су распрострањене у Америци, али је пословна пракса њихових уговарања пренета и у Европу, тако да су редовне у пракси Велике Британије и све чешће у континенталним земљама, попут Немачке и Француске.[102]

Рестриктивне клаузуле могу бити нефинансијске и финансијске – предвиђа се одговарајућа обавеза очувања финансијске ситуације

---

98 *Ibid.*

99 Eilis Ferran, *Principles of Corporate Finance Law*, Oxford University Press, Oxford 2008, 328. Код нас вид. М. Васиљевић (2009), 18.

100 E. Ferran (2008), 328 335.

101 *Ibid.*

102 Вид. више *ibid.*, 328.

дужника.[103] Често се деле и на позитивне и негативне, зависно од садржине која се састоји у одређеном чињењу или уздржавању од чињења дужника.[104]

Уношење таквих клаузула највише зависи од тржишне моћи коју уговорници имају. Како то један аутор истиче, „где једна страна има тржишну моћ, друга има ограничену слободу уговарања".[105] По правилу највећи степен тржишне моћи имају банке у односу на мања друштва, али и друштва у односу на своје повериоце, као што су добављачи или произвођачи.[106]

Позитивни ефекат рестриктивних кредитних клаузула огледа се у могућности да се њима користе и други повериоци, а не само они који су их уговорили (заштита слабије категорије поверилаца средствима која су обезбедили јачи).[107] Тако за слабије повериоце постоји могућност да се нађу у повољнијој позицији.[108] То нарочито важи за разне финансијске клаузуле – ограничења у погледу капитала или ограничења исплата, иако не и за неке друге – индивидуално обавештавање о одређеним информацијама или наступању одређених околности. Ипак, аргумент да се и остали повериоци могу заштитити посредно коришћењем клаузула које су други уговорили у теорији се критикује. Тако се истиче да неке од уговорних клаузула могу да буду у директном сукобу са интересима других поверилаца, тако да су корисне за једну, а штетне су за другу врсту поверилаца.[109] Такође, повреда таквих клаузула редовно доводи до последица које се значајно разликују од повреде императивних правила, и по правилу су штетне за друге повериоце.[110]

---

[103] R. Kraakman *et al.,* 118.

[104] E. Ferran (2008), 328. Овај аутор наводи следеће најчешће уговорне клаузуле: пружање одређених информација повериоцу (као што су годишњи и други извештаји и друге информације); пријављивање одређених околности чије је наступање предвиђено; обезбеђење капитала (имовина већа од обавеза); обезбеђење нето вредности имовине у одређеном минималном износу; ограничавање исплата, нарочито дивиденди (у одређеном проценту у односу на добит), с тим да су такви модалитети нарочито чести у америчкој пракси; располагање имовином (нарочито значајно код група друштава) или промена делатности; даље задуживање, односно давање обезбеђења, *ibid,* 329.

[105] J. Armour, 5.

[106] *Ibid.*

[107] E. Ferran (2006), 192; L. Enriques, J. Macey, 1172.

[108] E. Ferran (2006), 192.

[109] То је, на пример, случај клаузула у уговору са имаоцима обвезница у случају када друштво има обавезу њиховог откупа, P. Mülbert, 376.

[110] Пример представљају клаузуле о недозвољеним исплатама. Њиховом повредом по правилу долази до раскида уговора о кредиту и враћању преосталог износа кредита, што не може да користи другим повериоцима. За разлику од тога, императивни режим повреде правила о недозвољеним исплатама по правилу значе обавезу несавесних прималаца да исплате врате. P. Mülbert, 376.

Ипак, њихова највећа мана је што могу да представљају оптерећење за ефикасно пословање друштва, те се сматра да су такве клаузуле оптималне само док остварују равнотежу у погледу интереса повериоца који смањује ризик док позајмљује, и позиције друштва као дужника која има довољно слободе да ефикасно послује.[111] Дакле, само док је функција таквих клаузула ограничење опортунистичког понашања дужника, постоји и њихова корист.[112]

Рестриктивне кредитне клаузуле имају и других значајних недостатака, попут ограничене перспективе поверилаца у погледу интереса друштва (интерес им је да у одређеном року намире своје потраживање), сужене могућности уговорених ограничења, промена околности и слично.[113] Због тога је нарочито значајна функција поновног преговарања о садржају уговорених клаузула, што, међутим, отвара нове проблеме, а по правилу и нове трошкове.[114]

Иако рестриктивне уговорне клаузуле одговарају према садржају оним ограничењима која су и иначе предвиђена обавезним правилима у циљу заштите поверилаца (попут обавезног информисања или ограничења у погледу капитала, исплата и слично), чини се да не би требало да буде спорно постојање таквих општих ограничења (датих за све повериоце), већ евентуално само питање модалитета њиховог остваривања.[115] Међутим, и такав закључак се у теорији критикује, јер се предвиђањем обавезних правила уводе једнообразна, строга и универзално прихватљива правила, која не воде рачуна о појединачним (различитим) потребама.[116] Ипак, чини се да прихватањем (до одређене мере) ригидних правила ипак долази до знатно шире заштите, и то нарочито оних категорија, којима је заштита значајна, јер иначе не могу сами да је уговоре.

Све наведене врсте индивидуалне заштите карактерише неколико значајних особина: све су по правилу скупе, редовно су могуће само у односу на неке врсте поверилаца (уговорне, односно вољне), и по правилу се њима користе економски јаки субјекти.[117] Због тога

[111] E. Ferran (2006), 192. Истиче се да је мотив уговорања кредитних клаузула пре свега интерес дужника да смањи цену кредита, коју банка ако не оствари сред ствима обезбеђења (која поскупљују цену кредита) може да реализује уговарањем посебних клаузула. Види више код: С. Табороши, 390 и даље.

[112] K. Schmidt, 91.

[113] R. Kraakman *et al.,* 119.

[114] Вид. више: K. Schmidt, 91 и даље.

[115] Пример би била ограничења исплата, која нису спорна, колико у односу на чињеницу која правила се примењују правила о ограничењима исплата на основу годишњих рачуна и добити исказаној у њима са једне стране, или тесту солвент ности, са друге стране.

[116] E. Ferran (2008), 333.

[117] О неким од тих карактеристика и детаљно о индивидуалној заштити вид. P. Mülbert, 375 и даље.

ниједно од ових средстава не може да буде одговарајућа замена за обавезна законска правила, већ само може допунски са њима да пружи ефикаснију заштиту.

5.2. Обавезна правила у циљу заштите поверилаца

Поред могућности да се сваки поверилац заштити самостално, редовно је у свим националним правима присутан и одређени број обавезних правила којима се штите повериоци. Та правила се састоје, пре свега, у наметању одређених ограничења или обавеза привредном друштву, ради онемогућавања наступања ризика за повериоце – превентивна заштита, односно установљењем одређених стандарда понашања и евентуалне одговорности као најзначајнијег средства накнадне заштите.[118]

Класични инструменти превентивне заштите односе се, пре свега, на капитал друштва, установљен као одговор на ограничену одговорност. Наиме, традиционално се капитал друштва сматра као обезбеђење поверилаца. Чланови друштва (чија је одговорност ограничена) уносећи уговорене улоге нису одговорни (сем изузетно) за обавезе друштва, већ је то само друштво које за своје обавезе одговара целокупном својом имовином. Пошто чланови искључују своју одговорност, неопходно је да друштво располаже довољним средствима, која ће омогућити да друштво испуни своје обавезе према повериоцима. Стога још од XIX века сва национална права у том циљу установљавају низ правила усмерених на формирање капитала, забрану његовог враћања акционарима и строга правила усмерена на његово одржавање. Ту идеју прихватило је и право ЕУ, те су поједина правила о капиталу разрађена и усвојена у Другој директиви компанијског права ЕУ.[119] Извршена хармонизација у погледу правила о капиталу значи да су она усвојена у свим правима земља чланица ЕУ. Иако је Друга директива увела обавезна правила о капиталу

[118] У погледу природе обавезних правила којима се штите повериоци, могуће је уочити значајан удео императивних правила, узимајући у обзир да регулишу ек стерне односе друштва. У погледу интерних правила, којима је првенствени циљ заштита акционара (чланова) много је значајније присуство диспозитивних пра вила, вид. Mette Neville, „The European Private Company An Inspiration for Future Reforms?“, *The Internalisation of Companies and Company Laws* (eds. M. Neville, K. Engsig Sørensen), DJØF Publishing, Copenhagen 2001, 86 7.

[119] Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent, *Official Journal of the European Union* L 26, 31.1.1977, 1 13; измене: *OJ,* L 264, 25.9.2006, 32 36 и *OJ*, L 259, 2.10.2009, *http://ec.europa.eu/internal market/company/official/index en.htm#directives* (30.4.2010)

само у односу на акционарска друштва (минимум, одржавање и друга правила), велики број земаља ЕУ их је проширио и на друге форме друштава, пре свега, на друштва са ограниченом одговорнорношћу. Због тога је последњих година покренута озбиљна расправа у погледу постојећих одредби о капиталу. Док је у односу на друштва са ограниченом одговорношћу резултат био укидање таквих ограничења у многим националним правима (нарочито у односу на минимални оснивачки капитал), дотле је, упркос бројним противљењима, задржан у односу на акционарска друштва.[120] Најчешће се критике на рачун постојећег система заснивају на чињеници да капитал друштва не мора да буде, и најчешће и није никаква заштита повериоцима, већ им само даје „привид сигурности“.[121] Правила о минимуму и одржавању капитала само значе да повериоци имају право првенства у односу на имовину друштва пре акционара друштва, али не значе и истовремено постојање одредби које ће заштитити повериоце од губитака друштва самим пословањем.[122]

Због тога се предлажу модернији инструменти у регулисању питања (одржавања) капитала, који покушавају да у први план истакну значај солвентности друштва, и подстичу нарочито исплате у оквиру стандарда солвентности. Тиме се нуди алтернативни режим класичним инструментима у регулисању капитала, као мање рестриктиван за друштво, а који, при том, не би угрожавао повериоце.[123]

Другу значајну групу обавезних правила којима се пружа превентивна заштита представља обавезно објављивање одређених података. Та правила се нарочито развијају у односу на одређена друштва – отворена, пре свега котирана, као општи оквир заштите инвеститора и трећих лица. Циљ обавезног објављивања је да се заштите и повериоци. Наиме, располажући одговарајућим подацима они могу да закључе о каквом дужнику се ради, да процене постојећи ризик, и,

[120] То је и званичан резултат истраживања, које је спроведено по налогу Ев ропске комисије. Вид. Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an examination of the impact on profit distribution of the new EU accounting regime, KPMG, January 2008, *http://ec.europa.eu/internal market/company/capital/ index en.htm* (5.5.2010)

[121] Таквих мишљења има веома много, вид. на пример, Hylda Boschma, Loes Lennarts, Hanny Schutte Veenstra, „The Reform of Dutch Private Company Law: New Rules for the Protection of Creditors“, *European Business Organization Law Review* 8/2007, 573.

[122] E. Ferran (2006), 198.

[123] Више вид. на пример, Rüdiger Veil, „Capital Maintenance The regime of the Capital Directive versus Alternative Systems“, *Legal Capital in Europe* (ed. M. Lutter), *European Company and Finacial Law Review* Special Volume 1, De Gruyter Recht 2006, 80. Алтернативна решења дата су и у оквиру ЕУ, у Извештају Групе стручњака. Вид. Report of the High Level Group, 87 88.

евентуално, искористе могућност да се додатно индивидуално обезбеде. Објављивање података о друштву, као што су општи подаци, информације о капиталу, финансијски извештаји и друге релевантне информације, представљају карактеристику свих националних права и већ усвојени стандард нивоа развоја компанијског права. Међутим, ни тај концепт није без дилема. Према неким мишљењима није споран значај информисања за повериоце, већ само питање да ли је неопходно да оно буде правно обавезно.[124] Такав став се образлаже аргументом да је у погледу информисања довољно постојање посебних агенција које прикупљају податке о платежној и кредитној способности дужника, чиме ће се нарочито користити банке као повериоци.[125] Ипак, чини се да је више супротних аргумената. Иако већ истакнуте приватне информације и индивидуална заштита поверилаца представљају важно средство за неке учеснике на тржишту, јасно је да нису доступни свима. Осим тога, велики број информација које се обавезно објављују користе и онима који имају и додатне информације. Прикупљање основних информација у сваком појединачном случају било би теже, скупље и мање ефикасно. Због тога је укупна корист већа од (додуше високе) цене постојања обавезе информисања. Такав став је нарочито изражен и у комунитарном праву, и посебно истакнут у бројним усвојеним правилима у току до сада извршене хармонизације компанијског права унутар ЕУ.[126] Осим тога, објављивање се сматра као један од најзначајнијих инструмената у регулативи неких посебних питања, као што су повезана друштва.[127]

Осим наведених правила, као вид превентивне заштите користе се и инструменти који санкционишу одређено понашање које се сматра опортунистичким, попут санкција за недозвољене исплате (нарочито дивиденде) и обавезно враћање од стране несавесних лица.[128]

Поред заштите поверилаца која се може окарактерисати као превентивна (*ex ante*), могуће је да она изостане, и да се разним механизмима заштите повериоци након насталог повећаног ризика у

---

[124] R. Kraakman (2006), 467.

[125] *Ibid.*

[126] Вид. нпр. правила (раније Прве) Директиве компанијског права о објављивању, ништавости и одговорности: *Directive 2009/101/EC* of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and third parties, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent, *OJ* L 258, 1.10.2009, *http://eur lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri CELEX:32009L0101:EN:NOT* (18.2.2011.)

[127] Report of the High Level Group, 95 98.

[128] Вид. више: P. Mülbert, 378.

наплати потраживања – заштита *ex post*, која настоји да умањи настале губитке. То ће по правилу бити ситуација када је друштво у стечају, или у његовој близини. Нарочита потреба заштите поверилаца у стечају истиче се као тренутак у коме власници и управа највише могу да учине у смањењу вредности имовине из које се намирују повериоци – они сами тада сносе најмањи ризик својих (лоших) пословних одлука.[129] У том циљу многа национална права, са разликама у мери и конкретизацији, уводе инструменте одговорности одређених лица, којима надомешћују негативну позицију повериоца који не може да наплати потраживање од свог дужника, привредног друштва, а то би ипак могао из имовине неког другог.[130]

Пре свега, могуће је да постоји одговорност акционара, и то нарочито кроз правила о одговорности фактичких директора, односно директора у сенци.[131] Поред тога, значајан је и посебан третман зајмова акционара, који у случају стечаја имају лошији положај у односу на обичне повериоце, а изузетан значај има и институт пробијања правне личности.

Осим тога, могуће је да постоји и одговорност директора (чланова управе), с тим да је она редовно у вези са ситуацијом у којој је друштво у близини стечаја, а изузетно постоји и уколико је друштво солвентно.[132] За сада комунитарно право не познаје правила о одговорности одређених лица када је друштво у близини стечаја, иако је предлог Групе стручњака компанијског права да се усвоје таква правила по узору на установу енглеског права несавесног поступања (*wrongful trading*), што је врста одговорности за неку врсту немарног понашања директора у ситуацији када друштву прети стечај.[133]

Одговорност је могућа и у односу на друге повериоце (сукоб интереса више поверилаца), тако да редовно (компанијско и) стечајно право предвиђају различите инструменте, попут *actio Pauliana* (континенталног права), чији је циљ отклањање повлашћеног третмана само неких поверилаца.[134]

---

[129] R. Kraakman (2006), 468.

[130] R. Kraakman *et al*., 134 и даље.

[131] *Ibid.*, 120.

[132] За институт несавесног пословања више вид. на пример, чл. 214 За кона о стечају (*Insolvency Act)* од 1986. године Велике Британије, *http://www.insolvencyhelpline.co.uk/insolvency act/p04c10 2.php#214*, (20.5.2010). За теоријску анализу вид. нпр. T. Bachner, 231 и даље.

[133] Report of the High Level Group, 9, 68 9. Сличну установу познају и, на при мер, немачко право (*Insolvenzverschleppungshaftung*), односно француско право (*action en comblement d'insuffisance d'actif*). За теоријску анализу вид. више Holger Fleischer, „The Responsibility of the Management and Its Enforcement“, *Reforming Company and Takeover Law in Europe* (eds. G. Ferrarini, K. Hopt, J. Winter, E. Wymeersch), Oxford University Press, Oxford 2004, 396 400.

[134] R. Kraakman *et al.,* 142.

Најзад, ефикасна заштита поверилаца остварује се уз присуство обавезне ликвидације, стечаја или реорганизације, односно правила стечајног права.[135] Њихова примарна сврха је заштита поверилаца на равноправан начин.

6. ЗАКЉУЧАК

Пре изношења коначног закључка вратићемо се на сам почетак овог рада и тврдњу да систем заштитите поверилаца у компанијском праву произлази из потребе додатне заштите поред класичних института облигационог права. Ако се прихвати критика режима минимума капитала и његовог одржавања као неефикасног и ако се прихвати да је ефикаснија уговорна заштита поверилаца од правне стратегије те заштите у оквиру компанијског права,[136] онда се очигледно враћамо на почетак, где је оправдано било запитати се не како се остварује, већ да ли је заштита поверилаца у компанијском праву уопште потребна.

Положај поверилаца често се у последње време сагледава из аспекта ефикасности заштите и чињенице колико одређена правила имају значај у односу на трошкове који њиховом применом настају. Када је, међутим, реч о заштити поверилаца, чини се да концепт „ефикасности“ не може доследно да се узме у обзир, на основу чињенице да се ради о „питању поштења политичке одлуке“.[137]

Из претходних излагања јасно је да се неке групе поверилаца штите саме и да је тенденција да се заштита пружи тек у поступку стечаја. Оно о чему се не води (довољно) рачуна је положај оних поверилаца који остају у последњој категорији необезбеђених и незаштићених поверилаца, који применом концепта „диверсификације ризика“ треба сами да сносе последице за своје пословно понашање. Питање је, међутим, колико је то друштвено оправдано и колико је правично препустити најслабију категорију најлошијем положају. Уколико правила о минимуму капитала нису довољно добра, то не значи да је потребно уклонити их без одговарајуће замене, прихватањем концепта самопомоћи, већ треба обазривим паралелним методама тражити адекватније системе, који воде довољно рачуна о различитим категоријама поверилаца. При том, коначно решење остаје увек ствар политичке оцене, нарочито у односу на питање „која би категорија поверилаца заслуживала строжу правну заштиту, а која се, насупрот томе, може изложити већем ризику и губитку“?[138]

[135] Вид. више: P. Mülbert, 378.

[136] Аргументе вид. на пример, код E. Ferran (2006), 216.

[137] F. Denozza, 412.

[138] *Ibid.*, 416.

С друге стране, неке категорије лица повлашћене су досадашњим начином регулисања заштите поверилаца.[139] Економска анализа таквог режима указује на потребу његове промене, али оставља отвореним питање граница економске ефикасности наспрам других правних, па и социолошких критеријума.

Стога се може закључити да би свако национално право морало да има складан систем правила која омогућавају међусобно допуњавање и паралелну употребу у заштити поверилаца путем разноврсних инструмената. Јасно је, при том, да изузимање само једног института заштите поверилаца, без одговарајуће замене, или неутемељено прихватање „туђих" института, не доводе до остварења ефикасне заштите поверилаца. Дакле, неопходно је да правила компанијског, стечајног, деликтног и других грана права омогуће заједнички како претходну, тако и накнадну заштиту. Уз то, ефекат заштите је већи увођењем избора више могућности коју треба да имају повериоци. Само садејство постојеће регулативе, уз њене јасне границе, уједначена пракса у примени таквих правила пред судовима, као и довољан интерес и ангажовање поверилаца, које не би требало да прате високе таксе и дуготрајни судски поступци, тако да они имају разлог да се боре за своју заштиту, може да донесе значајне позитивне резултате. Ово нарочито важи у домаћем окружењу, у коме сматрамо да систем правила није јединствен и није увек у међусобном складу. Уколико би дефинисање правила из разних области било усклађено, а не прихваћено без размишљања из туђег система и често извађено из контекста,[140] могуће би било стварање бољег привредног окружења и за друштва и за повериоце.

Dr. Tatjana Jevremović Petrović

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

CREDITOR PROTECTION IN COMPANY LAW

Summary

This paper deals with the need and mechanisms of creditor protection in company law – an issue which is gaining in prominence, as it

[139] L. Enriques, J. Macey, 1202 и даље.

[140] О проблемима који се јављају приликом пресађивања правних установа нарочито надахнуто пише Алан Вотсон, *Правни трансплантни приступ упоредном праву*, Београд 2000, 143; исти, „Право у књигама, закону и стварности: упоредно правни поглед", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 5.

causes heated discussions both within national legal systems and globally, and particularly in the EU. Still, this matter is not sufficiently considered in Serbian legal literature. The author examines distinct types of protection suitable for different categories of creditors, and for that matter, differentiates between voluntary and involuntary creditors.

Creditors may be protected by means of individual contractual instruments, or via mandatory statutory rules. The capital requirements and maintenance rules are traditional provisions of company law. Yet, these rules have been questioned in the recent years, quoting the reasons of effectiveness and competition. Apart from the traditional creditor protection, important part of European rules in this field are mandatory disclosure rules. Another way in which the law intervenes in this sphere is by prescribing standards and duties of directors and shareholders towards creditors, which becomes more important if company is in the vicinity of insolvency.

The provisions on creditor protection serve as a functional part of a national legal system, which also includes provisions of tort law and insolvency and procedural rules. Therefore, the efficient system of creditor protection relies on at least two pillars – mandatory provisions of the law and creditors' self protection, based on their knowledge on instruments of protection and practical usage of such instruments. The author underlines the danger of reliance on a single institute of protection of creditors, without adequate alternative, as well as unquestioned implementation of legal transplants unsuitable to the existing legal system as a whole.

Key words: *Agency problems.– Capital requirements.– Mandatory disclosure.– Responsibility towards creditors – Covenants.– Individual protection.*

УДК 347.672

Др Балша Кашћелан*

НЕДОУМИЦЕ У ВЕЗИ СА ЗАВЕШТАЊЕМ САЧИЊЕНИМ ПУТЕМ ВИДЕО ЗАПИСА

Савремени свет карактерише веома убрзан развој информационе технологије, што се одражава и на њену примену у правном животу, све чешће и употребом видео записа. Иако је, пре свега, овај метод нашао примену у кривичноправној материји, његово коришћење је могуће и у грађанским стварима. Отуд се јављају и различити ставови у погледу оправданости коришћења видео записа у завештајном праву, поготово као посебне, нове форме тестамента. Аутор сматра да је прерано увођење такве нове форме завештања, али истиче значај који би могао имати видео запис последње изјаве воље завештаоца у доказном поступку приликом расправљања заоставштине, нарочито у случају алографског тестамента, указујући да се код нас такав приступ још није довољно укоренио.

У првом делу рада разматра се сам појам и значај завештања сачињених путем видео записа (у државама у којима је допуштен). Након тога, приказан је поступак сачињавања завештања и могући случајеви ништавости овако сачињеног завештања. На крају, разматрају се предности и потенцијални проблеми уколико би наш законодавац одлучио да предвиди или препоручи могућност сачињавања завештања путем видео записа, уз залагање аутора за шире коришћење видео записа као супсидијерног доказног средства.

Кључне речи: *Врсте завештања. Видео запис. Рушљивост. Информационе технологије и право.*

1. УВОД

Уставом Републике Србије, као највишим правним актом, зајемчено је право наслеђивања.[1] За наследноправне односе од значаја су

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета Слобомир, *bkascelan@yahoo.com*

[1] Чл. 59 Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

и уставне одредбе о забрани дискриминације.[2] Поред Устава, правни извор у материји наслеђивања је важећи Закон о наслеђивању, донет 1995. године. Закон о наслеђивању посебну пажњу посвећује облицима завештања. У том смислу, у српском праву постоје више врста завештања[3]: својеручно завештање, писмено завештање пред сведоцима, судско завештање, конзуларно завештање, међународно завештање, бродско завештање, војно завештање и усмено завештање. Српски законодавац дели завештања у неколико врста: писмене и усмене; приватне и јавне; редовне, ванредне и изузетни облик тестамента.[4] Дакле, у српском праву постоји велики број форми завештања које стоје на располагању завештаоцу како би могао да оствари своју слободу тестирања. Сваки од наведених облика завештања има одређену форму која мора бити испуњена да би завештање било пуноважно. Иако је тестамент строго формалан правни посао, недостатак неког елемента форме проузроковаће по правилу рушљивост тестамента, а не ништавост, јер се „у материји тестаментарног права и заштитна и доказна функција форме односе превасходно на приватне интересе".[5] Закон о наслеђивању Србије није се бавио проблематиком сачињавања завештања у форми видео записа. Имајући у виду да је Закон о наслеђивању донет 1995. године, када је постојао одређени степен распрострањености и употребе уређаја за видео снимање, можемо да претпоставимо да је такав став заузет имајући у виду чињеницу да у пракси није било потребе које би захтевале такво реаговање законодавца. То ипак не значи да је питање сачињавања завештања путем видео записа ирелевантно. Србија је данас део савременог света, а развој и примена информационих технологија и техничких достигнућа је све раширенија. С тим у вези, проблеми и појаве које би могле захтевати реаговање законодавца су мање-више реални и очекивани. Другим речима, поставља се питање да ли је потребно и нужно указати на неке могуће дилеме везане за сачињавање завештања путем видео записа или чак размatрати могућност сачињавања тестамента у форми видео записа.

Када је реч о облицима тестамената у праву европских држава,[6] приметно је присуство великог броја различитих врсти завештања који су углавном подељени у две групе: а) редовна завештања у оквиру којих се налазе олографски тестамент, алографски теста-

[2] Чл. 21 Устава Републике Србије.

[3] Вид. чл. 83 113 Закон о наслеђивању Србије, *Службени гласник РС*, бр. 46/95 и 101/2003 одлука УСРС.

[4] Оливер Антић, *Наследно право*, Београд 2008, 270.

[5] Оливер Антић, *Слобода завештања и нужни део* (докторска дисертација), Београд 1983, 91.

[6] У питању су законски текстови Аустрије, Белгије, Француске, Грчке, Италије, Немачке и Швајцарске. Марија Тороман, „Облици тестамента у праву ев ропских земаља", *Страни правни живот* 1 3/1996, 187 193.

мент, судски тестамент, јавнобележнички тестамент, међународни тестамент, дипломатско-конзуларни тестамент, тајни тестамент и заједнички тестамент; б) посебни облици завештања,[7] у оквиру којих су предвиђени поморски тестамент, војнички тестамент, тестамент сачињен у карантину, па и усмени тестамент. Законодавци у правима европских земаља не спомињу тестамент сачињен у облику видео записа.[8] Ипак, може се поставити питање да ли је могуће и допуштено сачинити завештање путем видео записа (на пример, завешталац својеручно потписује завештање у присуству два сведока пред камером, изјављујући да је сачињено писмено прочитао и да је то његова воља)? Ни у САД завештање у облику видео записа не постоји као посебан облик и форма тестамента.[9] Међутим, у готово свим државама завештање путем видео записа се користи као додатак постојећим пуноважним формама. У овом раду ћемо покушати дати одговор на следећа питања: ако не постоји као посебан облик тестамента, који је значај завештања сачињеног путем видео записа и да ли је пожељно да ово завештање буде допуна неком по закону (већ) пуноважном облику последње воље, као и да се укаже на неискоришћене могућности његове пробативне вредности?

2. ЗАВЕШТАЊЕ САЧИЊЕНО ПУТЕМ ВИДЕО ЗАПИСА И ЊЕГОВ ЗНАЧАЈ

Развој технологије омогућио је да се у правни живот уведе метод који ће помоћи утврђивању истине у поступку.[10] Тај метод

[7] Посебни облици завештања понекад се означавају као привилеговани, по некад као ванредни, а постоји и подела према којој је усмени тестамент изузетни облик завештања.

[8] Треба имати у виду да су законски тектови побројаних европских држава односно делови грађанских законика који се тичу система наследног (завештајног) права, донети у периоду између 1804. и 1950. године.

[9] Јединствени закон о оставинском поступку (*The Uniform Probate Code*), до нет је од стране Комисије за унификацију права савезних држава, и уређује у потпу ности материју оставинског поступка. Његова основна намена је да поједностави и хомогенизује законе и правила о законском и завештајном наслеђивању између савезних држава, да убрза оставински процес и повећа његову ефикасност, као и да смањи трошкове поступка. Последња допуна Јединственог оставинског за кона урађена је 2008. године, и велики број држава је усвојио већину одредби у оквиру својих савезних закона који регулишу оставински поступак. На тај начин, је направљен корак напред ка превазилажењу разлика приликом решавања ис товетних правних проблема. Наиме, у САД између савезних држава се примењују правила међународног приватног права о сукобу закона. Имајући то у виду, улога Јединственог закона о оставинском поступку јесте да пропише основну структуру оставинског поступка, који би допринео уједначавању ове материје.

[10] На који начин је могуће увести и користити информациону технологију у правни живот, које су предности и мане овог процеса, о томе опширније видети:

се тиче видео записа. Иако је, пре свега, овај метод нашао примену у кривичноправној материји,[11] његово коришћење је могуће и у грађанским стварима. Када је реч о оставинском поступку, одређени аутори сматрају оправданим и пожељним снимање последње изјаве воље завештаоца, јер ће се на тај начин допринети олакшавању доказивања приликом оставинског расправљања. Међу овим ауторима има и предлога да се сачињавање завештања путем видео записа претвори у сачињавање завештања у облику видео записа, и на тај начин пређе са терена доказног средства на терен равноправног облика тестамента.[12] Имајући напред речено у виду, покушаћемо да дамо појам и прикажемо особине и могућу примену завештања сачињеног путем видео записа.

Завештање сачињено путем видео записа представља документовану (видеоснимљену), последњу изјаву воље којом завешталац распоређује своју имовину за случај смрти или даје друге изјаве у вези са својом смрћу. У САД у готово свим државама је дозвољено сачињавање завештања путем видео записа.[13] У раду ћемо потражити одговор на питање да ли је тако сачињено завештање једна од форми завештања или је оно само додатак уз већ важеће форме завештања.

Захваљујући напретку модерне технологије, завешталац може одлучити након написаног тестамента,[14] да исти прочита пред видео камером. У пракси се овакав начин сачињавања тестамента сматра као додатак писменом завештању и све државе које допуштају сачињавање завештања путем видео записа захтевају да завештање претходно буде написано. Видео запис у том случају служи као доказ да је завешталац при сачињавању завештања, поред осталог, имао и активну завештајну способност. Видео запис у неким случајевима снима само читање тестамента од стране завештаоца, а у неким случајевима видео запис служи и за снимање осталих елемената који

Johnathan Jenkins, „What Can Information Technology Do for Law?“, *Harvard Journal of Law & Technology* 21/2008, 604.

[11] Синиша Важић, „Саслушање сведока путем видео конференцијске везе у домаћем и међународном праву“, *Примена међународног кривичног права у нацио налном законодавству*, Удружење за међународно кривично право,Тара 2005, 338.

[12] Gerry W. Beyer, William R. Buckley, „Videotape and the Probate Process: The Nexus Grows“*, Oklahoma Law Review* 43/1989, 46, William R. Buckley, „The Case for Videotaped Living Will“, *Probate and Property* 2/1988, 30.

[13] У три америчке државе чак је дозвољено завештаоцу да сведочи уколико дође до оспоравања тестамента, путем видеоснимљене изјаве. У питању је савезна држава: Arkansas Code,Title 28, Chapter 40, Arkansas Ante Mortem Probate Act of 1979, Subchapter 1 3; North Dakota, Uniform Probate Code, 30.1 08.1, 01 04, Ante mortem Probate of Wills; Ohio Revised Code, Title 21, Chapter 2107, Delivery of deposited will, 2107.081 085.

[14] Lawrence. H. Averill, *Uniform Probate Code*, St. Paul, Minn. 2001, 154.

су потребни да би завештање било пуноважно. За сачињавање алографског завештања потребно је да:[15] 1) тестамент буде у писменом облику, 2) постоји потпис завештаоца,[16] 3) постоје два сведока, 4) сведоци морају бити пословно способни у тренутку присуствовања сачињавању завештања, 5) сведоци морају потписати завештање, и 6) сведоци морају: или видети сам чин потписивања завештања или потврдити да је завешталац пред њима изјавио да је завештање његова последња изјава воље или, пак, видети и чути признање завештаоца да је потпис на завештању његов потпис. У већини случајева тестамент не мора да буде оверен. Ипак, у неким државама се изричито наводи потреба да сведоци морају потписати и оверети тестамент у форми писмене изјаве.[17] Ова писмена изјава елиминише потребу за сведочењем сведока у каснијем доказном поступку. Ако нема ове писмене изјаве, лица која су се потписала на тестаменту морају посведочити пуноважност њиховог и завештаочевог потписа.

Дакле, сам процес сачињавања тестамента путем видео записа може обухватити не само читање писмена испред видео камере, него и целокупан поступак сачињавања који се састоји у потписивању тестамента од стране завештаоца и сведока, као и изјаву завештаоца којом признаје свој потпис односно садржину тестамента.

Савремена видео технологија омогућава јефтин, поуздан и погодан метод који помаже откривању начина на који је састављено завештање и у којој мери је испоштована законска форма. Завештање сачињено коришћењем видео записа омогућава, као што је речено, увид у активну завештајну способност тестатора, постојање његове

---

[15] Article 2, part 5, Section 2 502, Uniform Probate Code.

[16] Измена која је унета у *Uniform Probate Code* 1990. године предвиђа да пуноважно завештање садржи потпис завештаоца који је при „пуној свести и чистој памети“ или потпис другог лица уз обавезно присуство тестатора. Такође се наводи обавезно присуство најмање два сведока који треба да ставе потпис у „разумном времену“ након што је завештаоц потписао или лице које је он овластио у његовом присуству. Формалност тестамента коју предвиђа *Uniform Probate Code* се може сажети кроз четири функције. Функција очигледности, односи се на доказ који тестамент треба да пружи у погледу воље завештаоца који расподељује своју имовину након смрти; заштитна функција, треба да омогући сачињавање тестамента ослобођеног од принуде преваре и заблуде; опомињујућа функција, треба да укаже тестатору на значај акта сачињавања тестамента; функција сугестије, захтева већу стандардизацију тестамента како би се повећала сигурност тестатора приликом сачињавања завештања. Shipp Leigh, „New choices for probate courts in the United States“, *Tulane Law Review* 80/2005, 273.

[17] *Self Proving Affidavit* је писмена изјава потписана од стране сведока и то приликом сачињавања тестамента или касније после сачињеног завештања уз оверу од стране јавног бележника (*notary public*). Један од разлога за постојање овог инструмента је и следећи: може се десити да сведоци завештања премину пре тестатора, у ком случају се јавља потреба за потврдом о валидности сведочења.

намере за сачињавање завештања (*animus testandi*), испуњеност формалних услова за пуноважност,[18] постојање мана воље и сл. Тестамент сачињен путем видео записа у САД све више улази у примену кроз статуте савезних држава који прописују основне смернице на који начин се овакво завештање може користити као доказно средство у оставинском поступку. Коришћењем видео записа приликом сачињавања тестамента завешталац добија прилику да објасни одређене речи или фразе које је користио у тестаменту и тако избегне евентуална погрешна тумачења од стране судије.[19] У истом смислу, завешталац може искористити предност видео записа да би објаснио својим наследницима због чега је на одређени начин расподелио имовину,[20] зашто је поједина лица оставио без наследног дела или је некима дао већи или мањи део,[21] зашто одређену ствар (право на ствари), из заоставштине даје одређеном лицу и сл., и тако предупредити односно избећи евентуалне спорове. Имајући у виду да оставински поступак треба да обезбеди закониту расподелу заоставштине тестатора,[22] завештање сачињено путем видео записа отежава могућност побијања завештања или појединих његових одредби и пружа доказ да је тестамент сачињен и потписан у складу са законом.

3. ПОСТУПАК САЧИЊАВАЊА ЗАВЕШТАЊА ПУТЕМ ВИДЕО ЗАПИСА

Јединствени закон о оставинском поступку прописује да сваки предвиђени облик тестамента у циљу своје пуноважности, мора испунити захтеве који се тичу активне завештајне способности завештаоца. Активна завештајна способност се састоји од два елемен-

---

[18] Вид. Alexander A. Bove, *Wills, Estates & Trusts,* Henry Holt and Company, New York 2005, 28.

[19] Завештање је правни посао код кога до изражаја долази субјективни метод тумачења, наиме, судија, се приликом тумачења завештања не држи дословно коришћених речи и израза већ одредбе тумачи „према правој намери завештаочевој“, чл. 135 Закона о наслеђивању Србије. О тумачењу завештања вид. Оливер Антић, Зоран Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд 1996, 401 410.

[20] У теорији се прави подела између оних завештајних располагања која се сматрају уобичајеним и честим и оних која нису баш карактеристична и уобичајена. У том смислу се наводе могуће недоумице и тумачења у вези са последњом изјавом воље, вид. А. А. Bove, 58 93.

[21] Случајеви остављања најближих завештаочевих сродника без наследног дела, вид. James J. Jurinski, *Probate and Settling an Estate*, Barron’s Educational Series, Inc., New York 1997, 53.

[22] William Burnham, *Introduction to the Law and Legal System of the United* States, West Group, St. Paul 2003, 475.

та: одређене старосне границе и поседовања способности за расуђивање.

У српском праву се разликује тренутак стицања активне завештајне способности од тренутка стицања пословне способности. У вези с тим, прва способност се стиче с навршених 15 година живота,[23] а друга с навршених 18 година живота.[24] Услов који се тиче активне завештајне способности је испуњен у ситуацији када се тестамент сачињава у дану у ком тестатор пуни, односно навршава 15 година живота.[25] У америчком праву не прави се ова старосна разлика између тестаментарне и пословне способности, па тако лице које има навршених 18 година може пуноважно сачинити завештање. Завештање може сачинити и лице које није навршило 18 година и то у случају еманципације.[26]

Други елеменат који се тражи за постојање активне завештајне способности јесте способност за расуђивање (*sound mind*).[27] Ова способност[28] означава могућност физичког лица да схвати стварни и правни значај изјаве воље. У конкретном случају, то је могућност завештаоца да схвати шта је тестамент и чему он служи, да схвати и разуме породичну везу између њега и чланова породице и да је свестан коју и колику имовину поседује.[29]

Приликом сачињавања завештања путем видео записа, најчешће се користи писано завештање пред сведоцима. У том случају завештање путем видео записа у ствари представља само додатак пуноважном писаном тестаменту.[30] Имајући у виду формалне елементе који су потребни да би писмено завештање пред сведоцима било пуноважно, видео снимање сачињавања тестамента може обухватити само читање унапред написаног и потписаног тестамента, а може укључити и сам поступак сачињавања завештања. Самом чину

[23] Чл. 79 Закон о наслеђивању Србије.

[24] Чл. 11 Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005.

[25] О. Антић, З. Балиновац, 310.

[26] L. H. Averill, 153.

[27] Jese Dukeminier, Stanley Johanson, *Wills, Trusts and Estates*, ASPEN Publishers, New York 2000, 159.

[28] О томе шта се дешава у случају да лице изгуби способност схватања и расуђивања, и какав је утицај промењених околности, вид. Јаков Радишић, „Пацијентово располагање или пацијентов тестамент“, *Правни живот* 9/2007, 246.

[29] Најчешћи случајеви оспоравања завештања у судској пракси САД а, тичу се тврдње да завешталац није имао способност расуђивања (*mental capacity*), или да је био под утицајем трећих лица (мане воље), да сачини, тестамент, да унесе неку његову одредбу или да опозове тестамент или неку његову одредбу.

[30] Emily Sanchez, „Are we ready for electronic wills?“, *Notes on Business Education*, 9, 2/2006, 3.

сачињавања завештања путем видео записа претходе одређене припремне радње:

1. Прва ствар се односи на сигурност и поузданост видео камере којом се намерава забележити догађај. У том смислу, као сниматељ се може ангажовати треће лице.
2. Просторија у којој се снима сачињавање завештања требало би да буде довољно осветљена, да се јасно види лице завештаоца. Камера мора бити у постављена позицији са које може забележити све релевантне радње (нарочито ако се снима чин потписивања од стране тестатора односно сведока или изјава завештаоца односно сведока). Завешталац треба да говори без прекидања, фокусиран на садржину завештања.
3. У неким државама, на пример, Лујзијани,[31] приликом сачињавања тестамента путем видео записа учествује и званичник суда. Наиме, завешталац мора пре читања текста да положи заклетву пред званичником суда, након тога приступа се читању завештања и евентуално потписивању. Видео запис сачињавања завештања се у случају оспоравања тестамента подноси као доказни материјал.
4. У просторији намењеној за коришћење видео записа приликом сачињавања завештања пожељно је да буду само завешталац, по потреби адвокат односно лице које по казивању саставља тестамент, два сведока, и сниматељ. Без обзира на то што садржина писменог завештања не мора да буде тајна, ипак је пожељно одсудство других лица (пре свега родбине), да би се избегли евентуални притисци на завештаоца. По правилу, нико не напушта просторију за снимање док се не заврши цео поступак.
5. На самом почетку, завешталац ће се представити, дати своје генералије, потврдити своју способност за расуђивање, навести датум снимања и особе које су присутне на снимању.

Кад се заврше ове припремне радње, следи снимање самог чина сачињавања завештања. Сам чин се може састојати од снимања целокупног процеса сачињавања тестамента у смислу да завешталац преноси адвокату своје речи пред камером, а адвокат то бележи, као и изјаве завештаоца да је написани тестамент његов и потписа тестатора и сведока. Могуће је да завешталац донесе унапред написан текст, а да се снимање односи само на тренутак његовог потписа и потписа сведока. Адвокат ће пред камером поставити питање да ли постоје посредни притисци на завештаоца и да ли то може утица-

[31] Article 2904, *Admissibility of videotape of execution of testament, Code of Civil Procedures, Louisiana*.

ти на његову последњу изјаву воље. Адвокат може поставити више питања завештаоцу са циљем да покаже да је завешталац свестан поступака и да схвата значај и сврху писања завештања.

Завешталац може током снимања сачињавања завештања да објасни зашто и на који начин распоређује своју имовину, може дати објашњење и тумачење евентуалне изјаве или наредбе у вези са својом смрћу. Другим речима, уколико завештање садржи поред имовинских и неке одредбе које су неимовинског карактера[32] (на пример, признање ванбрачног очинства), пружа му се прилика да на овај начин разјасни и прецизира своје изјаве.

На крају, завешталац ће прочитати свој тестамент, потврдити да су његове речи верно пренете и унете у садржину завештања и уследиће потпис испод текста. Сведоци морају бити истовремено присутни и морају имати пословну способност.[33] Потписи сведока се налазе испод потписа завештаоца, а сам чин потписивања се мора обавити у присуству завештаоца. Снимљено завештање је пожељно прегледати, да би се још једном стекло уверење да су све радње предузете по закону и да су доследно снимљене. Сниматељ ће на крају чина састављања завештања дати у камеру изјаву да је снимање протекло у реду, да није било никаквих техничких проблема и навести која је техничка опрема коришћена. Овако сачињено завештање може се чувати заједно за писменим завештањем, али мора се водити рачуна о начину чувања да не би дошло до оштећења видео траке.

4. НЕВАЖНОСТ ЗАВЕШТАЊА САЧИЊЕНОГ ПУТЕМ ВИДЕО ЗАПИСА

Завештање као једнострани правни посао ће бити пуноважно у случају испуњења потребних услова који су законом прописани, а који важе и за остале врсте правних послова. Ти услови се огледају у постојању „завештајне способности, прописане форме, допуштеног и одређеног предмета, допуштеног основа и присуства правно релевантне воље“.[34] Закон о наслеђивању Србије из 1995. године подробно разматра и рашчлањује разлоге ништавости завештања. У вези

[32] О. Антић, 227.

[33] Не захтевају се посебна правила око елемената психофизичког присуства сведока, али се узима да сведоци морају бити у менталном и физичком стању да сведоче и предузимају друге одређене радње, другим речима сведоци не могу бити пијани, поспани и сл. О томе: George Miles, Paulene Denyer, *Wills, Probate and Ad ministration*, Blackstone Press Limited, London 1993, 5.

[34] Драгица Живојиновић, „Тестаментарна (завештајна) и пословна способ ност“, *Правни живот* 10/2001, 123.

с тим, законодавац разликује два облика неважности завештања: ништавост и рушљивост завештања.[35] Ништавост завештања обухвата случајеве ништавости због повреде принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, због завештајне неспособности и ништавост из разлога фалсификовања завештања.[36] Рушљивост завештања обухвата случајеве рушљивости због непостојања завештајне способности,[37] због мана завештаочеве воље и због повреде облика завештања. Уколико прихватимо становиште да видео запис може, слично праву САД, пратити већ важећу форму завештања, као једно од доказних средстава,[38] намећу се и одређена питања везана за материју неважности завештања. Наиме, када је реч о неважности (претпостављеног) завештања сачињеног путем видео записа, може се констатовати да се сви облици ништавости и рушљивости који се односе на законске облике завештања у нашем праву,[39] могу тицати и завештања сачињеног путем видео записа. Поред ових облика неважности, завештање сачињено путем видео записа може бити ништаво у случају злоупотребе, односно монтаже видео снимка који не одговара правој вољи завештаоца. Са развојем технологије у области информатичке индустрије повећава се и могућност софистицираних облика лажирања и монтаже видео записа. Ипак, то не значи да не треба размотрити могућу примену видео записа у завештајном праву, јер могућност злоупотребе и манипулисања постоји и код сведочења које је саставни део појединих облика завештања. Иако су сведоци прилично непоуздано доказно средство, у теорији нема става који

---

[35] Чл. 155, 164 Закон о наслеђивању Србије.

[36] Фалсификовано завештање као облик ништавости је уведен Законом о наслеђивању Србије из 1995. године. У теорији се разликују случајеви материјалног и интелектуалног фалсификовања. Материјално фалсификовање завештања постоји када је исправа лажна по пореклу, односно уколико је као издавалац означено по грешно лице. Интелектуално фалсификовање постоји када је издавалац лице које је означено, али када је у питању неистинита садржина. Драгица Живојиновић, „Ништавост фалсификованог завештања“, *Правни систем Србије и стандарди ЕУ и Савета Европе*, Правни факултет Крагујевац, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац 2009, 263.

[37] Недостатак завештајне способности је разлог и ништавости и рушљивости завештања. Разлика постоји с обзиром на узраст завештаоца. Тако, у случају да је завешталац лице млађе од 15 година завештање ће бити ништаво. У случају да је завешталац лице старије од 15 година које је неспособно за расуђивање у моменту сачињавања завештања, такав тестамент је рушљив. О неважности завештања: Слободан Сворцан, „Неважност завештања“, *Правни живот* 10/2001, 118.

[38] Ово решење може да се примени и као одговор на непоузданост сведока као доказног средства.

[39] Према важећем Закону о наслеђивању облици завештања су: својеручно завештање (олографски тестамент), писмено завештање пред сведоцима (алографски тестамент), судски тестамент, конзуларни тестамент, међународни тестамент, бродски тестамент, војни тестамент и усмени тестмент (изузетни облик завештања).

би говорио у прилог њиховог изостављања приликом сачињавања завештања.[40] Поред тога, неовлашћено снимање, као и приказивање видео записа без пристанка лица које је приказано на филму или чији је глас снимљен, представља кривично дело.[41]

Видео запис сачињавања завештања мора бити аутентичан. Поставља се питање на који начин би се могла проверити и потврдити аутентичност видео снимка у оставинском поступку. Прво, уколико постоји завештање сачињено путем видео записа, судија ће након презентовања писменог и видео записа приступити проглашењу завештања.[42] Уколико се у поступку јаве спорна чињенична питања међу заинтересованим лицима која се тичу веродостојности видео записа, оставински суд ће прекинути поступак и упутити странке на парницу.[43] Ова спорна чињеница се јавља у неку руку као претходно питање, без чијег решења оставински суд не може донети одлуку.[44] У парничном поступку судија ће ангажовати судског вештака за информационе технологије. Његова обавеза јесте да утврди да ли је видео запис сачињавања тестамента допуњен, мењан или на било који други начин промењен у односу на оргинално стање. Налаз судског вештака из области информационе технологије од кључног је значаја за прихватање видео записа као доказног средства аутентичности завештања.[45] Овде треба обратити пажњу и дати одговоре и на питања на који начин је видео запис сачињен, на који начин је чуван,

[40] О тестаментарним сведоцима у нашем праву пре распада Југославије, вид. више Оливер Антић, „Тестаментални сведоци у југословенском праву“, *Анали Прав ног факултета у Београду* 4/1990, 461 475.

[41] Чл. 144, 145 Кривични закон Србије, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 испр., 107/2005 испр., 72/2009 и 111/2009.

[42] „Проглашава се свако писмено које по својим спољашњим обележјима, по елементарним захтевима форме, подсећа на завештање, без обзира какав назив пис мено носи (тестамент, завештање, писмена воља), али и опроштајно писмо из чије се садржине може закључити да постоје оставиочева располагања или изјаве које спадају у могућу садржину завештања“, О. Антић, З. Балиновац, 42.

[43] При томе ово ограничење надлежности оставинског суда и његово обавезивање да упути на парницу странке, је у ствари изузетак од правила које прописује надлежност оставинског суда када је реч о материји наслеђивања. Међутим, ово упућивање на парницу не значи истовремено и пасивну улугу оста винског суда у домену расправљања заоставштине. Напротив, оставински суд ће до нети ово решење тек када претходно спроведе радње које се тичу утврђења да ли постоји спор, које су чињенице спорне, и да ли су од значаја за решење наследно правних питања.

[44] Нема места прекиду оставинског поступка ради упућивања на парницу лица које нема својство учесника у поступку, без обзира на основаност његовог зах тева.

[45] Наравно, у парничном поступку и тужени и тужилац могу захтевати и дру ге, независне вештаке за информационе технологије, што неминовно подразумева презентовање различитих мишљења и налаза, унакрсно испитивање и сл.

преношен и сл. Оргинални аутентични видео запис својим потписом морају, за случај спора, потврдити судски вештаци. У том случају би се отклонила свака сумња у веродостојност и истинитост сачињеног завештања.

Имајући у виду да је завештање сачињено путем видео записа у највећем броју држава дозвољено као додатак постојећим облицима завештања пред сведоцима, може се поставити питање да ли и на који начин видео снимак може заменити неки од формалних елемената који су потребни за пуноважност писменог завештања пред сведоцима у нашем праву. Пре свега имамо у виду чл. 110 Закона о наслеђивању који каже да је потребно истовремено присуство сведока при сачињавању усменог завештања. Исто тако, и пракса[46] и теорија[47] се изјаснила о потреби истовременог присуства завештајних сведока и приликом сачињавања алографског тестамента. Дакле, да ли је могуће приликом сачињавања писменог завештања пред сведоцима, елементу форме који се тиче истовремене присутности завештајних сведока удовољити и користећи видео везу која се успоставља преко мобилног телефонског апарата или преносног рачунара? На пример, неко трећи по казивању завештаоца саставља тестамент, завешталац након тога узима тестамент, изјављује да је прочитао тестамент, да је то његова последња воља и потписује се. Све ове радње (изјава да је прочитан тестамент, да је то његова последња воља и потпис), завешталац мора безусловно извршити у присуству два завештајна сведока. У ситуацији када је присутан само један сведок, путем видео линка могуће је да други сведок ове радње гледа и слуша и тиме задовољи елеменат форме који се тиче истовремене присутности два сведока. Сматрамо да у овом случају завештање не би било релативно ништаво, јер овако екстензивно тумачење цитиране одредбе закона је могуће имајући у виду развој информатичке технологије. Ипак ради веће правне сигурности било би пожељно овакву одредбу у неком будућем периоду унети у закон.

---

[46] „Писмени тестамент пред сведоцима није пуноважан ако приликом давања изјаве тестатора да је то његов тестамент и потписивања тестамента, нису била при сутна истовремено оба сведока, већ су се накнадно потписали на тестаменту. Није ваљан писмени тестамент састављен пред сведоцима од стране завештаоца слепе особе, без обзира на степен њене школске спреме“, Решење Врховног суда Србије, Рев. 165/91, Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 864/06.

[47] Nikola Gavella, *Nasljedno pravo*, Zagreb 1990, 172; О. Антић, 275.

5. ПРЕДНОСТИ И ПОТЕНЦИЈАЛНИ ПРОБЛЕМИ КОРИШЋЕЊА ВИДЕО ЗАПИСА ПРИЛИКОМ САЧИЊАВАЊА ЗАВЕШТАЊА

Имајући у виду упоредноправна решења, има довољно разлога да завештање путем видео записа буде додатак постојећем писменом завештању пред сведоцима. Овакво решење се намеће због тога што је то приватни облик завештања (за разлику од, на пример, судског завештања) и зато што га завесталац по правилу не пише сам (за разлику од својеручног завештања[48]). Иако има мишљења да је видео запис потребан и код олографског завештања, нисмо сигурни да постоји оправданост коришћења видео записа код својеручног тестамента. Код својеручног тестамента завешталац сам саставља тестамент (својом руком), форма тестамента је таква да му омогућава највећу могућу приватност (завешталац седи сам у својој соби). Зашто би завешталац у таквим околностима пожелео да сними чин сачињавања завештања? Свакако не би било ни једноставно писати и истовремено снимати састављање тестамента. Што је најважније, значај видео записа као доказног средства губи се код олографског тестамента. Јер, имајући у виду да је својеручно написан, најбоље доказно средство које ће се евентуално употребити у случају оспоравања тестамента је графолошко вештачење. Такође, видео запис служи и да покаже да ли је форма завештања у целости испоштована или не. Код својеручног завештања форма је сведена само на својеручно писање (које се пак, доказује графолошки). Други је случај код алографског тестамента, где је предвиђена сложенија форма (па видео запис, између осталог, служи и да докаже да је форма у потпуности испуњена). Слична је ситуација и са усменим тестаментом, где је проблем доказивања низа битних елемената по правилу узрок спорења међу странкама.

Дакле, ова конкретна форма тестамента садржи услове који омогућавају и оправдавају видео снимање током сачињавања завештања. У оставинском поступку сачињено завештање путем видео записа омогућава судији да са сигурношћу утврди да ли су испуњени сви законски услови који представљају обавезне елементе за сачињавање писменог завештања пред сведоцима. Дакле, уколико дође до оспоравања тестамента, видео запис може послужити ради утврђивања да ли је испоштована законска процедура за сачињавање тестамента, да ли је завешталац поседовао активну завештајну способност, да ли је завешталац имао намеру за сачињавање завештања

[48] Илија Бабић, „Својеручни тестамент у француском праву“, *Страни правни живот* 1 3/1996, 199 207, Балша Кашћелан, „Својеручно завештање у италијанском праву“, *Годишњак Правног факултета у Источном Сарајеву* 1/2010, 135 155, Димитрије Ћеранић, „Својеручни тестамент“, *Анали Правног факултета Универзи тета у Зеници* 5/2010, 35 52.

(*animus testandi*),[49] да ли су постојале мане воље приликом сачињавања завештања и сл. Видео запис сачињавања писменог завештања пред сведоцима допринео би правној сигурности у материји завештајног права у низу хипотетичких ситуација, од којих наводимо само неке, које се у пракси најчешће оспоравају:

1. Завешталац мора алографски тестамент својеручно потписати уз присуство два сведока, пред којима изјављује да је завештање прочитао и да је то његова последња изјава воље. Имајући у виду да сведоци код писменог завештања морају бити истовремено присутни (чути и видети), када завешталац изјављује да је тестамент прочитао, када га признаје за свој и када га потписује, видео запис омогућава да се са сигурношћу утврди да су се ове околности заиста и одиграле на начин који прописује закон. У том смислу, када постоји видео запис сачињавања завештања, заинтересована лица не би с успехом могла оспоравати да ли је на пример, један сведок био у тренутку одигравања ових радњи присутан или не.
2. Завештање сачињено путем видео записа показује с вишим степеном сигурности да ли су испуњени елементи који се траже за постојање активне завештајне способности.[50] У том смислу, завешталац може потврдити када је тачно сачинио завештање (што сведочи и о објективном елементу активне завештајне способности), као и да је способан за расуђивање. Другим речима, он потврђује да схвата стварни и правни значај писања завештања. Такође, на овај начин се може утврдити и постојање других услова који се законом захтевају, као што је постојање воље и намере за сачињавање завештања. Имајући у виду да завештаочева воља за сачињавање завештања мора бити озбиљна, стварна и слободна,[51] на овај начин се тестаторова воља најлакше може утврдити. Исто тако, видео запис открива да ли је завештаочева намера за сачињавање завештања одређена и безусловна.[52]

---

[49] Намера за сачињавање завештања је кључни елеменат приликом каснијег утврђивања валидности тестамента. Наиме, у случајевима из праксе енглеских судова видимо да само писање или изјава којом се оставља имовина вереници, односно мајци не значи аутоматски да је тиме исказана и намера за сачињавање завештања. Изјаве које се тичу расподеле имовине а за које се не може са сигурношћу утврдити да садрже *animus testandi*, неће произвести наследноправне последице. Anthony Mellows, *The Law of Succession*, Butterworths, London 1973, 81.

[50] *In re Estate of Villwok*, 226 Neb. 693, 413 N.W.2d 921 (1987); *In re Estate of Schoch*, 209 Neb. 812, 311 N.W.2d 903 (1981); *Anderson v. Claussen*, 196 Neb. 787, 246 N.W.2d 586 (1976).

[51] Чл. 81 Закон о наслеђивању Србије.

[52] Чл. 82 Закон о наслеђивању Србије.

3. У одређеним ситуацијама неће бити могуће са сигурношћу утврдити тачну садржину писменог завештања.[53] То ће бити случај када је завешталац користио изразе који захтевају посебно објашњење, када су одређени делови завештања нечитко написани, недостају или су прецртани односно избрисани и сл. Путем видео записа, олакшава се посао судије при тумачењу завештања.[54]
4. Постојање принуде, заблуде или преваре је елеменат који није лако открити и доказати да је постојао приликом сачињавања тестамента.[55] Не треба занемарити чињеницу да рушљивост одредаба завештања које су сачињене уз присуство мана воље не повлачи рушљивост преосталог дела завештања, ако оно може опстати без те одредбе или ако та одредба није била одлучујућа побуда због које је завештање сачињено.[56] У случају састављања завештања путем видео записа, омогућиће се увид судије у околности и ситуацију у којој се сачињавао тестамент, што може јасније показати да ли је или не воља завештаоца била слободна. Ово може нарочито користити када у завештању постоје одредбе које се тичу искључења из права на нужни део неког од нужних наследника или када се имовина једноставно оставља неком трећем лицу које не спада у законске наследнике.[57]
5. Видео запис сачињавања завештања даје могућност судији да са сигурношћу утврди да ли је било интервенције од стране трећих лица (адвоката или лица које саставља тестамент према казивању завештаоца), приликом преношења воље завештаоца на материјалу на коме се тестамент у формалном смислу сачињава. Лица која записују казивање завештаоца врше један „технички посао“[58] и не смеју се упуштати у било какве преправке или појашњавања речи завештаоца.

---

[53] Познат је случај завештаоца који је после сачињавања завештања, желећи да онемогући увид трећих лица у садржину завештања, исто сакрио на посебно ме сто, што је резултирало тиме да и поред сазнања и доказа да постоји, тестамент није могао бити пронађен. J. Dukeminier, S. Johanson, 246.

[54] Закон о наслеђивању предвиђа, као што је речено, субјективни метод тумачења завештања. Тумачење завештања је веома сложен и деликатан посао, и судија се мора унети у начин размишљања и начин говора завештаоца са циљем да веродостојно и аутентично протумачи и изврши завештаочеву последњу изјаву воље.

[55] *Goff v. Weeks*, 246 Neb. 163, 517 N.W.2d 387 (1994).

[56] Чл. 167 Закон о наслеђивању Србије.

[57] *Clarkson v. Whitaker*, 657 N.E.2d 139, Ind. App. 1995.

[58] О. Антић, З. Балиновац, 324.

6. Предност коришћења видео записа приликом сачињавања завештања огледа се и уколико је дошло до губитка[59] или оштећења тестамента, а сачуван је аутентични видео запис сачињавања завештања. Тада је могуће реконструисати завештање у облику судског записника.

Одређени проблеми приликом сачињавања завештања путем видео записа могу се тицати лажне монтаже видео записа (на пример, успоравање снимка, додавање одређених речи, гестикулације, мимике, убрзавањем речи и добијањем другачијег контекста реченица, брисањем позадине видео снимка и сл.). Такође, може постојати проблем застареле технике која се користила за снимање сачињавања завештања. Видео снимање у себи крије и могућност искривљеног приказивања учесника и догађаја сачињавања завештања. Завешталац може другачије изгледати на видео запису, неуверљиво, може имати трему од снимања, глас му може подрхтавати и речи губити смисао, затим, услед снимања, завешталац може бити нервозан, несигуран, може погрешити имена родбине и сл.[60] Све то може произвести касније опасност од оспоравања тестамента. Наравно, и обрнуто, могуће је да се оставилац добро припреми или, чак, натера да уверљиво „одглуми“ све што је потребно да изношење последње изјаве воље делује веома аутентично. На крају, могу се јавити и проблеми око начина безбедног и сигурног чувања видео записа.

Иако у теорији постоје и одређени ставови који иду у прилог означавању видео тестамента као равноправног облика међу осталим врстама завештања,[61] чини се да је ипак оптималан начин коришћење видео записа о сачињавању тестамента као додатак постојећем писменом завештању пред сведоцима.

---

[59] О проблемима лоцирања тј. проналажења тестамента вид. Margaret Jasper, *Probate Law*, Oceana Publications, Inc., New York 1997, 3.

[60] У судској пракси САД, можемо наћи занимљив случај писменог завештања које је сачињено путем видео записа. Госпођа Петерсон (тестаторка), оставила је иза себе пет синова. Једном сину је дала знатно већи део него преосталој четво рици синова. Адвокат Петерсонове је сачињавао завештање према казивању теста торке. Имајући у виду да је одредба тестамента којом се једном сину даје знатно већа имовина у односу на остале необичног карактера, адвокат је, намеравајући да покаже да је тестаторка способна за расуђивање и да је свесне и слободне воље, упитао госпођу Петерсон да пре сачињавања тестамента да основне податке о себи и својој породици. Читав процес је сниман видео камером. У уводном излагању тестаторка је направила неколико грешака када је споменула своје годиште и имена деце и унучади. Остали синови су у овим грешкама видели могућност да оспоравају активну завештајну способност тестаторке. Ипак, након сведочења болничког адми нистратора да су код старијих људи честе грешке приликом ословљавања по имену деце и унучади, Врховни суд Небраске је потврдио веродостојност и пуноважност завештања. *Re Estate of Peterson,* 232 Neb. 105, 110, 439 N.W.2d 516, 520 (1989).

[61] Gerry W. Beyer, „Videotaping the Will Execution Ceremony Preventing Frustration of Testator’s Final Wishes“, *15 St. Mary’s Law Journal* 1/1983, 52.

7. ЗАКЉУЧАК

Из изложеног се може закључити да у теорији постоје опречни ставови и разлози како за, тако и против имплементације завештања сачињеног путем видео записа као самосталне, евентуалне нове форме тестамента. Скоро је извесно да ће се, даљим развијањем информатичке технологије, у пракси све више јављати идеје и случајеви коришћења видео записа приликом сачињавања тестамента, тако да се чини да је само питање времена када ће то постати посебна, прописима предвиђена форма. Међутим, после сагледавања аргумената *pro et contra*, чини нам се да је у овом часу такво радикално решење још преурањено из низа поменутих суштинских разлога (али, између осталог, и техничких – још увек недовољног степена поузданости видео записа, проблема њихове трајности, честих промена технологије, итд.). То, међутим, не значи да се на нове технологије не треба ослонити као на супсидијарно средство доказивања. Имајући у виду чињеницу да је у наследноправним споровима, поготово када су у питању најделикатније форме тестамента (поготово алографски) основни проблем доказивање аутентичности последње изјаве воље и пуне пословне способности тестатора, видео запис би могао бити од користи као додатни доказ приликом утврђивања чињеничног стања. То би могло водити ка потпунијем и лакшем утврђивању истине, ограничавању потребе за вештачењем, скраћивању трајања судског поступка, итд. И поред великог броја анализираних случајева и настојања да се дође до сазнања да ли се у нашој судској пракси појавио видео запис као додатни доказ при утврђивању чињеничног стања код оспоравања ваљаности тестамента, до таквог податка нисмо успели да дођемо. У том делу би, можда не кроз законодавство, већ кроз судску праксу, ваљало све више афирмисати увођење видео записа, али само као додатка постојећим врстама завештања, што би у крајњој линији допринело подизању степена правне сигурности у овој осетљивој правној материји. То се у нашем праву посебно односи на алографски тестамент. Вероватно је мање важно да ли ће се законодавац у једном тренутку одлучити да уведе видео тестамент као посебну, нову форму или да препоручи коришћење видео записа приликом сачињавања алографског завештања (као што је уосталом препоручио назначење места и датума приликом састављања својеручног завештања), уколико живот и судска пракса почну да афирмишу видео запис у већем обиму као супсидијарно пробативно средство.

Dr. Balša Kašćelan

Assistant Professor
Slobomir P. University Faculty of Law

SOME DOUBTS REGARDING VIDEOTAPED WILL

Summary

There is a lot of controversy considering the value of videotaped will, as one of the possible new forms of the last will. There is no doubt that it may always be useful to keep a video record as a proof of the will formation. On the other hand, it is possible to introduce the videotaped will as a separate form of a will. Regarding the latter, the author deems that it is too early to pass a new piece of legislation introducing videotaped will as a separate form of a will into Serbian law. However, the author is very much in favor of a wider use of videotaping of the will drafting procedure, but only as a supplement to the existing types of wills. This kind of proof of a will could contribute to the level of legal certainty, especially when it comes to allographic testaments. The legislator is free то decide whether there is a need for the use of video links and video recordings in drafting procedure or not. More importantly, the life and the case law may favor the use of video materials as a subsidiary mean of evidence on a wider scale. Such practice is nearly completely missing in Serbia at this moment.

Key words: *Types of Will. – Videotaped Will. – Information Technology and Law.*

УДК 340.12

Др Борис Милосављевић*

ПОЛИТИКА И МОРАЛ У ТЕОРИЈИ ДРЖАВЕ СЛОБОДАНА ЈОВАНОВИЋА

Средиште мисли Слободана Јовановића је теорија државе која повезује његово целокупно дело у један јединствен системски оквир. Због тога су сва питања којима се бавио, укључујући и разматрање односа политике и морала, у ближој или даљој вези са његовом теоријом државе. У раду се истражују могућа разрешења противречних макијавелистичких и платонистичких стано вишта о држави која су понуђена у Јовановићевом учењу. Државни орган делује морално ако извршава вољу државно правне личности, а не своју или било коју вољу туђу држави. При томе, држава се из сопственог интереса самоограни чава поделом власти и доношењем закона, што омогућује остваривање сло бодне заједнице неопходне за јачање моралности у држави. Изједначавање мо ралности и политичке практичности у далековидом утилитаризму енглеског политичког искуства, које се налази у основи Беркове политичке филозофије, може бити својеврсна синтеза макијавелистичког и платонистичког учења о држави.

Кључне речи: *Држава. Политика. Државни интерес. Макијавелизам. Морал. Државна личност.*

1. УВОД

Слободан Јовановић је познат, пре свега, као правник и писац историје политичких идеја, уставних и политичких историја. Јовановић увек покушава да независно од својих убеђења сагледа снагу најважнијих филозофских идеја које анализира – платонизма, макијавелизма, просветитељства, либералног индивидуализма, марксизма, дух времена у коме су настајале, као и њихова ограничења. Од

* Аутор је истраживач сарадник Балканолошког института САНУ, *boris miloss@gmail.com*. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта „Историја поли тичких идеја и институција на Балкану у 19. и 20. веку“ Министарства просвете и науке (бр. 177011).

његових правних, политичких и историјских радова нераздвојиви су многобројни портрети филозофа, идеолога, политичара и државника, који су написани са јединственим осећајем за опште и заједничко у појединачном, као и истанчаним разумевањем психолошких и друштвених мотивација за политичко деловање.

Јовановићева разматрања најкрупнијих идеја у историји политичке филозофије и промишљање политичке историје с правом су изазивали највећу пажњу. Једно од тих најважнијих питања је и питање односа политике и морала. Иако је реч о теми која је предмет филозофских промишљања од времена античке филозофије до данас, Јовановић је, као што је случај и са другим питањима која је разматрао, решењу овог односа дао свој специфичан допринос.

Јовановић је питање односа политике и морала посебно разматрао у својим анализама макијавелизма, платонизма и Беркове (*E. Burke*) политичке филозофије, као и у биографијама појединих државника. С једне стране, према његовом мишљењу макијавелизам садржи „опасну истину" да је држава једна личност „без моралних скрупула, коју изнутра ништа не задржава да у остварењу својих интереса иде све дотле док не наиђе на какву спољашњу препреку; једна личност заслепљена у свом егоизму".[1] С друге стране, моралну међузависност државе и појединца сматра истином која као све „велике ствари изгледа сасвим проста"[2] и наглашава да је држава „ако не најчистији, а оно најмоћнији израз [...] колективне моралности" њених грађана.[3] Према једном становишту држава је, дакле, заслепљена својим интересом, док је према другом гледишту држава најмоћнији израз моралности. Ова два супротстављена гледишта о односу државе и морала изгледају као две потпуно непомирљиве истине. Јовановић указује на ову противречност, али се поставља питање да ли предвиђа и начин на који би различита становишта о држави могла да буду помирена. Може се с правом претпоставити да је објашњење могуће добити када се сагледа шта је Јовановић подразумевао под моралношћу у држави, што је истовремено и одговор на питање о односу политике и морала. Могуће разрешење ове морално-политичке дилеме непосредно је везано и за Јовановићево схватање суштине политичке врлине и могућности одређивања особина потребних за државника, приказаних у неким од бројних политичких портрета које је написао.

Иако однос политике и морала, на први поглед, није непосредно везан са Јовановићевим правним гледиштима и разумевањем

[1] Слободан Јовановић, „Макијавели", *Сабрана дела* 9 (ур. Р. Самарџић, Ж. Стојковић), БИГЗ, Југославијапублик, СКЗ, Београд 1990, 147.

[2] Слободан Јовановић, „Платон", *Сабрана дела* 9 (ур. Р. Самарџић, Ж. Стојковић), БИГЗ, Југославијапублик, СКЗ, Београд 1990, 83.

[3] С. Јовановић. (1990а), 147.

државе као правног лица, током истраживања његовог учења о држави, он се намеће сам по себи. У ствари, с правом се може рећи да је разумевање Јовановићевог решења питања односа политике и морала нераздвојиво од његове теорије државе у којој је најексплицитније исказао своја гледишта о правној и политичкој филозофији и улози државе модерне епохе.

2. ТЕОРИЈА ДРЖАВЕ

Слободан Јовановић изучава државу као јединствен феномен коме се може приступити са више страна − филозофски, правно, политички, социолошки, историјски. Међутим, без обзира на могуће различите приступе, феномен остаје један, а подела друштвених наука које разматрају тај феномен треба да служи да би се он лакше разумео у својој сложености. Различитост приступа не значи да је и у стварности феномен раздвојен и распарчан према областима, већ је он јединствен, а циљ целокупног истраживања јесте разумевање феномена какав је држава. У својој основи ово је традиционална идеја филозофије политике, на коју се надовезује учење о држави (*Staatslehre*)[4] у чијем духу Јовановић пише и своје капитално дело, *Државу*.[5] При томе треба имати у виду да теорија државе није изложе-

[4] У XIX веку једино је у Немачкој научноистраживачки рад о држави био си стемски организован, док су у другим земљама само повремено објављиване студије чији предмет истраживања је била држава. Вид. Слободан Јовановић, *Основи прав не теорије о држави*, Д. Обрадовић, Београд 1906, 3. Најзначајније књиге о *Оп штем учењу о држави* (*Allgemeine Staatslehre*) објавили су Блунчли (*Johann Caspar Bluntschli*) 1875, 1886 (1852), Рем (*Hermann Rehm*) 1899, Јелинек (*Georg Jellinek*) 100, Шмит (*Richard Schmidt*) 1901 1903 и Келзен (*Hans Kelsen*) 1925. године. По некад и књиге према чијем наслову би се могло закључити да се баве питањима везаним само за Немачку, разматрају и општу теорију државе, као што је случај са више пута објављеном Лабандовом књигом о немачком државном праву: Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, JCB Mohr, Tübingen Leipzig 1901. Иако се у насловима налази учење о уставу или уставно право (*Verfassungslehre*, *Verfassungsrecht*), опште учење о држави је предмет књига које су 1928. године објавили Сменд (*Rudolf Smend*) и Шмит (*Carl Schmitt*).

[5] Јовановић је своју књигу о држави објавио четири пута: Слободан Јовановић, *Основи правне теорије о држави*, Д. Обрадовић, Београд 1906; *О држа ви, основи једне правне теорије*, друго прерађено и проширено изд, Геца Кон, Бео град 1914; *О држави, основи једне правне теорије,* треће прегледано и допуњено издање, Геца Кон, Београд 1922; *Држава* 1 2, *Сабрана дела* 13, 14, Геца Кон, Бео град 1936. Последње Јовановићево издање *Државе* из 1936. поново је објављено 1990. године у *Сабраним делима*: Слободан Јовановић, *Сабрана дела* 8 (ур. Р. Самарџић, Ж. Стојковић), БИГЗ, Југославијапублик, СКЗ, Београд 1990. Радомир Лукић, „Дело Слободана Јовановића“, *Дело Слободана Јовановића у свом време ну и данас* (ур. С. Врачар), Правни факултет, Београд 1991, 9, сматра да „*Држава* обрађује теорију државе, која се обично сматра првим делом опште теорије државе и права како је ова дисциплина код нас обликована после рата и револуције“, и да

на само у једном раду, већ да се она налази у средишту Јовановићевог правно-политичког учења и представља кључ за разумевање његових тумачења теорија античких и модерних филозофа, уставне и политичке историје европских држава и српске државе, као и теорије друштвених група.[6]

Јовановић своје учење о држави, за које се с правом може рећи да представља синтезу политичких теорија државе модерног доба и антике, немачког општег учења о држави и енглеског политичког искуства, излаже у три основне теорије. Прва и најопштија је теорија о јединству државе, права и власти, као основи свих држава; друга је теорија државне суверености, која је везана за државу модерног доба, чија је суштинска карактеристика сувереност и независност,[7] а трећа је теорија о правној држави, као држави владавине закона.[8] Из општијих произлазе посебније теорије, да би крајњи закључак била једна парадигма, која подразумева сувереност државе, начело поделе функција државне власти, парламентаризам, опште право гласа и дводомни систем. За Јовановића је крајњи исход истраживања најбољег политичког облика интегрални парламентаризам, који, због своје избалансираности и одрживости, представља узорни модел државне организације.

је „писана као строго логички и систематски изграђено дело". Лукић је, међутим, мишљења да Јовановићева *Држава* „није дубље захватила теже теоријске како правне, тако и социолошко политичке проблеме". Супротно овом гледишту, Стеван Врачар, „Узорно језгро опуса Слободана Јовановића", *Дело Слободана Јовановића у свом времену и данас* (ур. С. Врачар), Правни факултет, Београд 1991, 25, 27, 33, наглашава да су *Основи правне теорије о држави* (1906) „права програмска књига", која се бави „изузетно сложеним предметом", „даје сјајну скицу једне теорије, веома кохерентне и изврсно компоноване" и третира државу као „политичку заједницу" и да је Јовановић, теоретичар државе, „непрекидно у средишту пажње имао државу уопште, али и конкретну, као и право уопште".

[6] Упор. Стеван Врачар, „Методолошки елементи опуса Слободана Јовановића", *Слободан Јовановић, Личност и дело* (ур. М. Јовичић), САНУ, Бео град 1998, 70; С. Врачар (1991), 33. Да Јовановићева уставна историја представља политичку историју вид. Андреј Митровић, „Слика историјске стварности у делу Слободана Јовановића", *Слободан Јовановић, Личност и дело* (ур. М. Јовичић), САНУ, Београд 1998, 105. О Јовановићевом учењу о друштвеним групама, односно социологији вид. Јован Ђорђевић, „Социолог", *Савременици о Слободану Јовановићу* (ур. Ј. Тркуља, М. Вучинић), Правни факултет, Службени гласник, Београд 2009, 228 230.

[7] Јовановић критикује теорију народне суверености и теорију правне су верености и следи Блунчлијеву теорију државне суверености, вид. С. Јовановић (1990c), 134 142. Упор. Johann Caspar Bluntschli, *The Theory of the State*, Authorised English translation from the sixth German edition (transl. D. Richie, P. Matheson, R. Lodge), The Clarendon Press, Oxford 1895, 500 501. О месту Блунчлијеве теорије у правној и политичкој историји вид. Michael Stolleis, *Public Law in Germany 1800 1914*, Berghahn Books, Oxford New York 2001, 427.

[8] С. Јовановић, (1990c), 122.

Према Јовановићу, државу ствара заједница у борби за опстанак, а не скуп слободних индивидуа уговором. Пре државе су и појединац и група којој припада остављени на милост и немилост сили других појединаца и група.[9] Тек са државном силом настају право и слобода.[10] Пошто појам права подразумева да неко гарантује спровођење права, дакле принуду, право је нераздвојиво од државне силе која је гарант његове обавезности.[11] Замеркама да је држава сила, Јовановић одговара да држава јесте сила, али уређена сила, чија је једина алтернатива неуређена хаотична сила. Јовановић наглашава да је претпоставка о природним правима погрешна, јер човек у природном стању нема слободу, већ само снагу.[12] Због тога је нетачно да се стварањем државне власти у слободне људске односе уноси притисак и сила, већ се једна сила замењује другом силом. Уместо неизвесне, произвољне личне силе, поставља се одређена, општа сила која је изнад свих.[13]

[9] Слободан Јовановић, „*The Relation of War to the Origin of the State* by Rudolf Holti, Helsingfors, 1913“, *Сабрана дела* 12 (ур. Р. Самарџић, Ж. Стојковић), БИГЗ, Југославијапублик, СКЗ, Београд 1991, 401; С. Јовановић (1990c), 38. Упор. са Беџетовим (*W. Bagehot*) гледиштем у Валтер Беџхот, *Постанак и развитак народа* (прев. Д. Мијушковић), СКЗ, Београд 1903, 69, 74.

[10] Ђорђе Тасић, „Правник“, *Савременици о Слободану Јовановићу* (ур. Ј. Тркуља, М. Вучинић), Правни факултет, Службени гласник, Београд 2009, 224, истиче утицај Хегелове мисли на Слободана Јовановића: „он подсећа на неке енглеске писце који, усвајајући Хегелову концепцију о држави, дају јој такав смисао да индивидуа управо у држави добија своју слободу и њену заштиту“.

[11] Цицваријева природноправна критика теорије јединства државе и права била је касније од користи и другим критичарима Јовановићевог учења о држави који су заступали марксистичку теорију о одумирању државе, вид. Крста Цицварић, „Социологија Слободана Јовановића“, *Савременици о Слободану Јовановићу* (ур. Ј. Тркуља, М. Вучинић), Правни факултет, Службени гласник, Београд 2009, 55 56

[12] Јовановић упућује на Westel Woodbury Willoughby, *An Examination of the Nature of the State: A Study in Political Philosophy*, Maxmilan & Co, New York London 1896, 91 и даље.

[13] Јовановић констатује да је немогуће замислити заједнички живот без антагонизама личних интереса. Разлика је само у томе да ли ће их појединци решавати између себе или ће их расправљати држава која гарантује више непристрасности него заинтересоване стране. У природном стању право би имали само они који су јачи у том тренутку, док у државном стању постоје границе за деловање сваког појединца према осталим члановима друштва. Свако је независан од надмоћнијих од себе, али се и сам не меша у туђе послове, захваљујући држави као регулатору односа између људи: „Да од других не будемо спречавани у нашој радњи, држава нам може само тако издејствовати, ако нас у исто време обавеже, да се ни ми сами у туђе послове не мешамо. Ограничење које нам она дакле намеће није никако потирање наше слободе; то је напротив услов под којим нам се она једино може обезбедити. Тако ограничење и наше право слободе, то су у ствари лице и наличје једне исте ствари“. Због тога је, тврди Јовановић, сасвим излишно да се тражи оправдање државне власти. То би имало смисла да је појединац изван државе слободнији. Право присиле држава изводи из тога што је и слобода појединца њено дело. С. Јовановић, *О суверености*, Градина, Ниш 1996, 35 36.

Појединац пре државе има интересе, али они тек у држави постају право, јер је тек у држави једна виша сила од појединачних интереса „прибавила уважавање од других појединаца“ и тиме постала право: „Право и држава тако су нераздвојно повезани, да би било апсрудно тражити овој правну основу ван ње саме“.[14] Јовановић је сагласан са Хобсовим (*T. Hobbes*) мишљењем да пре државе не постоји право: „Где нема заједничке власти, ту нема права. Где нема права, ту нема неправде“.[15] Јовановић истиче да се предност државе не види увек, али да је она сила на којој почива целокупан живот друштва, а то што се не види увек, не значи да не постоји.[16] Пошто пре државе нема права, Јовановић сматра да је свака теорија која претпоставља постојање права пре државе противречна, због чега одбацује учење о природним правима и критикује Локов (*J. Locke*) и Русоов (*J. Rousseau*) контрактуализам.[17] Исти предржавни, природноправни основ имају, према Јовановићу, све теорије које превиђају да је државној моћи једина алтернатива анархија, тј. хаос и замишљају да основ државе, по угледу на удружења грађана, могу бити друштвена солидарност или сагласност слободних појединаца. При томе заборављају да удружења грађана постоје унутар државе и да им физичку и правну сигурност пружа управо држава. Због тога је држава личност изнад појединца. Држава је дуговечнија од појединца и, за разлику од њега, представља масу, тј. збир људи и нараштаја: „Држава је једна личност с општијим и трајнијим интересима него појединац“.[18] Пошто су држава и појединац личности сасвим различитог ранга, њихови међусобни односи не могу да се подведу под моралне принципе.

3. ЛОГИКА МАКИЈАВЕЛИЗМА

Јовановић разликује уже и шире разумевање појма „макијавелизам“.[19] Према ужем схватању макијавелизма, државу у односу са

[14] *Ibid.*, 36. Јовановић у својој критици Келзенове теорије указује на то да раздвајање државе и права неминовно води у противречности, јер треба објаснити како је право, које значи заповест државне власти, могло постати пре те власти, или како је власт, која значи право заповедања, могла постати пре него што је то њено право било признато правним поретком. Вид. више у овом часопису Данило Баста, „Слободан Јовановић и Ханс Келзен“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 4/2001, 25 43.

[15] Томас Хобс, *Левијатан или материја, облик и власт државе црквене и грађанске* (ур. М. Ђурић, прев. М. Марковић), Градина, Ниш 1991, 138.

[16] С. Јовановић, (1990c), 97.

[17] О противречности природноправног појма права вид. С. Јовановић, (1990c), 52 53.

[18] С. Јовановић, (1990a), 147.

[19] Јовановић је своју студију о Макијавелију објавио пет пута. Рад је објављен два пута 1907, једном 1912. и два пута 1935. године: Слободан Јовановић

грађанима и у односу са другим државама не обавезују никакви морални прописи. Према ширем, преовлађујућем схватању макијавелизма, морални прописи не важе ни за поједине групе политичара који се у оквиру државе боре за власт и могу у својој међусобној борби да се служе свим средствима. Јовановић показује да су два различита тумачења макијавелизма, уже и шире, супротстављена. Шире схватање, према коме макијавелизам допушта политичарима и странкама све што им је потребно за успех, подразумева да се у политици може радити и оно што је у приватном животу неприхватљиво. Јовановић наводи следеће примере: обмањивање бирача лажним обећањима, подметање противницима побуда и намера за које се зна да не постоје, трпљење партијских другова којима се у приватном животу не би ни рука пружила, заступање идеја супротних свом присном уверењу због њихове тренутне популарности и нападање других идеја због њихове тренутне непопуларности.

Јовановић наглашава да шире схваћени макијавелизам противречи Макијавелијевом (*N. Machiavelli*) учењу о држави: „шири макијавелизам јесте погрешна доктрина, и то погрешна баш с гледишта самог макијавелизма".[20] Макијавелизам, наиме, претпоставља државни интерес сваком другом интересу, укључујући и моралне интересе. Међутим, због тога што је за макијавелизам интерес државе, односно државни разлог, најважнији интерес, Јовановић указује на то да је за државу највећи интерес ко ће бити на њеном челу. Управо због тог највишег државног интереса, неморална средства морају бити искључена из политичке борбе која се води у оквиру једне државе. Он наглашава да самој држави није „свеједно ко ће победити у борби за државну власт и да је у њеном интересу да на

„Макијавели", *Српски књижевни гласник* (*СКГ*), Београд, 7/1907, *XVIII/1*, 14 23; *2*, 107 119; *3*, 179 186; *4*, 267 280; *6*, 416 426; *7*, 512 520; *8*, 594 605; *9*, 665 675; *Макијавели*, Г. Кон, Београд 1907; *Макијавели*, Друго прегледано и поправљено издање, Г. Кон, Београд 1912, *Из историје политичких доктрина. Платон*, *Макијавели*, *Берк*, *Маркс*, Г. Кон, Београд 1935; *Из историје политичких доктрина*. 1, *Сабрана дела* 15, Г. Кон, Београд 1935. Осим студије о Макијавелију, Јовановић анализира макијавелизам и у другим својим текстовима. Вид. Слободан Јовановић, „Једна нова књига о Макијавелију (Maria Marchesini, *Saggiosu Machiavelli*, Firenze 1934)", *СКГ*, Београд, XV/1934, XLII/7, 564 566; *О тоталитаризму*, Савез српских задруга „Ослобођење", Париз 1952. За многе приказе и белешке поводом објављивања „Макијавелија", вид. Добрило Аранитовић, *Слободан Јовановић: библиографија са хронологијом живота и рада*, Фонд Слободан Јовановић, Београд 2010, 203 207, 222 224.

[20] С. Јовановић, (1990а), 141. Јовановић *ibid.*, 143, наглашава: „док је за макијавелизам у ширем смислу неизвесно да ли га је Макијавели и предвиђао, а камо ли одобравао, пошто је њему оскудевало модерно схватање партија, дотле је макијавелизам у ужем смислу, ван сваког спора, веран израз Макијавелијевих идеја". За његово тумачење макијавелизма у касније написаној студији „О тоталита ризму" вид. фн. 28. Могуће промене у тумачењу самог Макијавелијевог мишљења, међутим, не утичу на Јовановићево разликовање ужег и ширег макијавелизма.

власти буду морални људи, јер они дају веће гаранције да ће општем, државном интересу потчинити посебне интересе".[21] Ако би се у међусобној међустраначкој борби, међутим, све више користила неморална средства, моралнијим појединцима и групама, којима су неморална средства одвратна, било би све теже да се прилагоде условима политичког живота у којем ће их „све јаче потискивати бескрупулозни егоисти, којима су због отупелости моралног осећаја сва средства добродошла".[22] Често се бескрупулозност изједначена са макијавелизмом интерпретира као политичка способност.[23] Када би, међутим, интерес био да они, који су због циља спремни на сва средства, дођу на чело државе, они би се и државом служили као једним од средстава за остваривање својих циљева. Држави није у интересу да тип људи са отупелим моралним осећајем буде на власти јер „није очекивати да служе држави с љубављу и пожртвовањем",[24] већ ће држава служити њима као њихово имање и плен. Због тога, наглашава Јовановић, управо је држави у најбољем интересу да се политичка борба уздигне на што виши морални ниво, да би у њој могли да учествују „најморалнији елементи", а „несолидни елементи, који успевају само средствима сумњиве моралне вредности",[25] били принуђени да се повуку из политике. Када говори о неморалности политичке борбе, Јовановић пре свега мисли на лаж и корупцију: „Важно је да лаж и корупцију и сама држава сматра као једно зло, које сузбија на разне начине. Остављајући на страну специјалне мере, као на пример законске прописе против изборне корупције и изборних обмана, може се рећи да се у политички живот уноси све више јавности (слобода штампе, јавност скупштинских седница), и то у циљу да би се политичке лажи и преваре отежале, и политички људи натерали на што већу искреност".[26]

Јовановић закључује да макијавелизам није супротстављен моралним принципима, већ да им он не признаје већи значај од државних интереса.[27] Међутим, ако су морални принципи у интересу

[21] *Ibid.* Упор. тумачење овог дела Јовановићевог текста у исцрпној студији Ђорђа Тасића, „Макијавели г. Слободана Јовановића у светлости његове теорије о држави", *Савременици о Слободану Јовановићу* (ур. Ј. Trкуља, М. Вучинић), Правни факултет, Службени гласник, Београд 2009, 133 134, где се делом приказује и интерпретира сам текст, а делом улази у широка разматрања филозофских проблема и постављају бројна теоријска питања, подстакнута текстом и уопште Макијавелијевим учењем.

[22] С. Јовановић, (1990a), 142.

[23] С. Јовановић, „О тоталитаризму", *Сабрана дела* 12 (ур. Р. Самарџић, Ж. Стојковић), БИГЗ, Југославијапублик, СКЗ, Београд 1991, 145.

[24] С. Јовановић, (1990a), 142.

[25] *Ibid.*

[26] *Ibid.*

[27] У вези са макијавелизмом С. Јовановић (1991b), 143, указује да: „Сукоб између државног разлога и моралних прописа није [...] значио сукоб између полити

државе, они би, према макијавелистичким принципима, били корисни. У том случају, констатује Јовановић, ако не би водио рачуна о поштовању моралних принципа који користе држави, макијавелизам би поништио самог себе.[28] Дакле, унутрашња логика макијавелизма је државни утилитаризам,[29] који због државне користи не би смео да буде супротстављен подстицању моралности у држави, јер би онда држави наносио штету. С друге стране, погрешно би било изједначити државни утилитаризам са моралношћу. Јовановић наглашава да ће, ако у било којој држави дође до сукоба између државног разлога и морала, увек превладати државни разлог. Смисао Јовановићевог схватања макијавелистичког учења о држави као једне „опасне истине" јесте да је свака суверена власт, односно држава, у својој основи сила која је усредсређена у свом центру: „Поред свега, дакле, што се може рећи против макијавелизма, у њему има један део истине. Та истина коју макијавелизам садржи, спада може бити у оне истине које није саветно врло често, а нарочито не врло гласно говорити; али,

---

ке и морала, него је значио сукоб између две врсте морала: јавног морала, који има у виду добро државе, и приватног морала, који има у виду добро појединца. Кад се овако схвати ствар, онда изгледа сасвим оправдано, да се јавни морал, као важнији претпостави приватном моралу, кад год та два морала дођу у сукоб". Александар Павковић, *Слободан Јовановић. Један несентименталан приступ политици* (прев. Е. Часар), Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник, Београд 2008, 301, сматра да Јовановић у раду „О тоталитаризму" даје предност „приватном моралу" као јединром моралу „који подједнако важи за државе и за обичне смртни ке", упор. и Aleksandar Pavković, *Slobodan Jovanović: An unsentimental approach to politics*, Columbia Univ. Press, New York 1993, 168. Јовановић, међутим, истиче да Макијавели (а после њега и Русо и Робеспјер), у одушевљењу историјским при мером античке римске републике, превиђају да је у међувремену хришћанство „уса дило у нашу душу један морални идеал који, баш зато што је недостижан на овом свету, остаје непромењиво мерило свих наших поступака, не изузимајући ни оне који се чине у корист државе", вид. С. Јовановић, (1991b), 143; упор. С. Јовановић, (1990a), 104, 106 108, 117

[28] Јовановић у раду „Макијавели" Макијавелијево учење тумачи као уже схваћени макијавелизам, да би га касније, међутим, интерпретирао као шире схваћени макијавелизам, који нема никакве везе са моралношћу. Наглашава да је шире схваћени макијавелизам био непосредно примењен у европским тоталитар ним националсоцијалистичким, фашистичким и комунистичким државама, вид. С. Јовановић (1991b), 145. Разлика у интерпретацији самог Макијавелијевог учења може се сматрати јединoм изменом у односу на раније изнесена основна гледишта о макијавелизму у до тада већ пет пута објављеном „Макијавелију". За тумачење да је у раду „О тоталитаризму" дошло до значајних промена и да је Јовановић „закључио да је макијавелизам у ужем смислу очигледно неприхватљив" вид. А. Павковић (2008), 303; A. Pavković, (1993), 169. Евгеније Спектаторски, „Студије Слободана Јовановића из историје политичких доктрина", *Савременици о Слобо дану Јовановићу* (ур. Ј. Тркуља, М. Вучинић), Правни факултет, Службени гласник, Београд 2009, 157, сматра да Јовановића Макијавели занима као творац модерне политичке науке.

[29] О Макијавелијевом државном утилитаризму „по којем држава рачуна само са коришћу", вид. Ђ. Тасић, (2009b), 142 143.

иако опасна, то опет остаје једна истина".[30] Међутим, није реч о томе да држава увек може да претпостави државни разлог појединачном праву, већ да је, када до тога дође, у питању веома висок државни улог. Јовановић овде не разматра питање злоупотребе државног разлога, карактеристичног за апсолутизам,[31] већ само питање неспорних државних разлога, као што је питање опстанка државе у рату и сл. У свакодневном животу се подразумева да државни органи поштују сва права појединца. Међутим, ако је угрожена држава, не само да је потребно подредити појединца њеном интересу, већ је дужност самог појединца да служи држави.[32]

Уже схваћени макијавелизам у својој основи садржи начела модерне државе. Европска држава пре модерне државе, држава средњег века, била је део веће целине, у световном погледу Светог Римског Царства Немачког Народа, а у погледу духовне власти Римокатоличке цркве.[33] Макијавелијево становиште да је држава један самосталан центар моћи, суштинска је карактеристика модерне државе. У том смислу треба и тумачити његово гледиште: „Држава је сама собом целина. Што год није део већ целина, мора бити само себи циљ. Отуда и држави једна личност без моралних скрупула, коју изнутра ништа не задржава да у остварењу својих интереса иде све дотле док не наиђе на какаву спољашњу препреку; једна личност заслепљена у свом егоизму".[34] Дакле, модерна суверена држава је целина и сама себи циљ: „У правној теорији, суверена држава значи државу која сама себи одређује надлежност, из чега излази да би она могла иако не би морала, а још мање требала, огласити себе саму за свенадлежну, што ће рећи и свемоћну".[35] Држава је неограничена и неограничљива осим другом истом таквом силом, односно другом државом. Она се не може удружити са својим поданицима, јер је њена личност виша од њихове. Не може се удружити ни са другим државама, јер из-

[30] С. Јовановић, (1990a), 147.

[31] У апсолутизму се мисли да је државни разлог увек и у сваком случају пре чи од појединачног интереса и да су државни органи једини у стању да правилно оцене државни интерес, вид. С. Јовановић, (1990c), 121.

[32] „Појединац не сме заборавити да његова 'права' постоје само утолико уко лико се даду сложити с правима других чланова друштвене заједнице, као што и његова 'слобода' постоји само дотле докле има једне друштвене организације која је чува од приватних насиља." Јовановић је сагласан са Берковим гледиштем да индивидуа мора разумети да је само део једне више целине и да су њена права и слободе могуће само у вези са дужностима према тој вишој државној целини. Вид. С. Јовановић, „Једна критика француске револуције", *Сабрана дела* 12 (ур. Р. Самарџић, Ж. Стојковић), БИГЗ, Југославијапублик, СКЗ, Београд 1991, 306. С пра вом се може закључити да Јовановић доследно примењује своје гледиште о дужно сти према држави и из патриотизма узима учешће у политици, вид. Коста Чавошки, „Победа над заборавом", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2005, 262 264.

[33] С. Јовановић, (1991b), 156.

[34] С. Јовановић, (1990a), 145.

[35] *Ibid.*, 152.

над држава нема неке више личности која би их принудила да се покоравају правилима заједничког живота.[36] Према томе, изгледа да држава не би могла бити везана никаквим моралним принципима; она у односу са другим државама, или у односу са својим грађанима, нема никакве везе са моралним прописима. Да би се разумело шта за Јовановића значи да је држава „личност без моралних скрупула", треба имати у виду да он на државу не гледа као на организам одвојен од своје правне форме.[37] Неморалност државне личности не треба тумачити психолошки,[38] јер је државна личност правни појам: „Узета сама за се, одвојена од својих поданика [државна личност] је једна личност, не баш неморална – то би било сувише рећи, али једна личност која стоји тако рећи ван морала или над моралом".[39] У овом смислу треба тумачити „бескрупулозност" личности државе. Држава није неморална, већ она нема везе са моралом, она је изван, изнад, или са „оне стране" морала. Дакле, рећи за државу да је личност „без моралних скрупула" не значи да је она неморална, већ да се на њу не могу примењивати морална правила која се подразумевају у међуљудским односима. Иако Јовановић не сматра да је држава неморална, ово становиште је и даље веома далеко од друге „истине" о којој говори, гледишта према коме је држава „ако не најчистији, а оно најмоћнији израз [...] колективне моралности" њених грађана.[40] Да би се разумела веза државе као државно-правног лица и државе као колективног тела, треба имати у виду да држава сама по себи нема емоције нити воље, већ да моћ хтења мора да позајмљује од својих органа.[41]

---

[36] *Ibid*., 147. Јовановић наглашава да у битним карактеристикама нема разли ке између једне државе и федерације. И у једном и у другом случају реч је о једној сувереној држави, *ibid*., 175 183.

[37] Иако Јовановић следи Блунчлијеву теорију државне суверености, он је вео ма опрезан према гледишту да је држава организам. Средином деветнаестог века о држави се говори као о организму, али не више у Шелинговом (*F. W. J. Schelling*) смислу речи, већ у значењу које је термин „организам" добио у позитивним природ ним наукама. Иако у ранијим радовима Блунчли државу дословно пореди са биолош ким организмом, он је касније више схвата као морални и духовни организам. Према његовој теорији држава има биолошко духовни органски карактер, као и правну лич ност у смислу јавног права, вид. Johann Caspar Bluntschli, *Psychologische Studien über Staat und Kirche*, Zürich und Frauenfeld, 1844, 225 228; *The Theory of the State*, 500 504. Није јасно зашто Ђ. Тасић (2009b), 137, сматра да се Јовановић управо у студији о Платону из 1936. године „ослободио остатака органистичког схватања, које је раније носило етички карактер", вид. и Ђ. Тасић, „Слободан Јовановић и нормативна школа", *Савременици о Слободану Јовановићу* (ур. Ј. Ткрульа, М. Вучинић), Правни факултет, Службени гласник, Београд 2009, 82.

[38] С. Јовановић, (1990c), 97.

[39] С. Јовановић, (1990a), 145.

[40] *Ibid*., 147.

[41] О држави као правном лицу вид. С. Јовановић, (1990c), 95 97.

4. ДРЖАВА И ЊЕНИ ОРГАНИ

Јовановић указује на то да воља претпоставља способност хтења, која је својствена само физичким лицима.[42] Због тога држава мора имати у својој служби физичка лица која ће јој позајмити способност хтења: „држава да би дошла до своје воље, мора узети у своју службу извесна лица која ће јој позајмити способност хотења".[43] При томе, Јовановић прави разлику између способности хтења, коју државни органи позајмљују држави и њихове воље (личних жеља), јер они немају право да своју личну вољу прогласе за државну вољу. Државни органи су дужни да се руководе оним што је за државу најбоље: „на њима лежи дужност да изнађу ону вољу коју би држава вероватно имала, када би за хотење била способна".[44] Оно што хоће државни органи за државу, разликује се од онога што хоће за себе и по правној форми и по садржају. Кад нешто желе за државу, њихова мотивација не сме да буде субјективна, већ објективна. Јовановић наглашава да иако је реч о истој личној вољи, мотиви морају бити различити.[45]

Пошто је држава правно лице,[46] она нема своје природне органе, већ људе који имају улогу њених органа. У улози државног органа, човек је дужан да сузбија своју личну заинтересованост, да би се руководио само општим интересима: „мора се са самим собом борити и себе сама побеђивати".[47] Због тога, наглашава Јовановић,

[42] „На првом месту способан је да има једну вољу човек, и зато је на првом месту човек личност у правном смислу. Али човек није једини кадар да има једну вољу. Једна множина људи може, такође, имати само једну вољу", С. Јовановић, (1990c), 95.

[43] С. Јовановић, (1990c), 96.

[44] *Ibid.*

[45] *Ibid.*, 143.

[46] С. Јовановић, (1990c), 100, указује на то да поред теорије о држави као правном лицу или правном субјекту, за коју се он залаже, постоје и теорије које државу схватају као правни предмет (објект) и као правни однос. Милијан Поповић, „О Јовановићевом схватању државе као правне личности", *Прилози теорији права*, Службени лист СРЈ, Београд 1997, 203 219, даје преглед теорија које државу схватају као правни предмет и правни однос. Келзенову критику схватања државе као правног лица вид. у Ханс Келзен, *Теорија суверености и теорија међународног права, Прилог једној чистој теорији права* (прев. Д. Баста), Службени слист СЦГ, Београд 2003, 41. За Јовановићеву критику Келзенове и Дигијеве (*L. Duguit*) критике државе као правног лица вид. С. Јовановић, (1990c), 103 107. Да Јовановић сматра да треба остати „при поимању државе као правне личности будући да су у том појму обједињена оба елемента: органи и норма", вид. Д. Баста, (2001), 36. Вид. и Данило Баста, „Слободан Јовановић као теоретичар државе и права", *Слободан Јовановић, Личност и дело* (ур. М. Јовичић), САНУ, Београд 1998, 357 359.

[47] С. Јовановић, (1990c), 143.

има више изгледа да ће државни органи функционисати лоше, него добро: „Савршена државна организација претпостављала би људе који би [...] били у стању начинити се потпуно безличнима".[48] Јовановић закључује да је савршена државна организација идеал, нешто до чега се никада неће доћи. Државна организација се ипак све више усавршава, зато што се проналазе све успешнија средства против злоупотреба државних органа. Прво средство је правни поступак доласка на власт, избором или постављењем, када се може „удесити да се позивају само таква лица код којих се унапред опазила добра воља и способност да раде у општем интересу".[49] Осим тога, не треба допустити да се лична воља државних органа потпуно изједначи са државном вољом, до чега долази у апсолутизму, када се код једног човека усредсреде све државне функције. Ако би такав један орган (председник, премијер, скупштина) хтео да злоупотреби поверену власт, његова злоупотреба би била потпуна и цела државна организација не би више служила општим интересима, већ интересима једног јединог човека. Такође, државни органи морају бити одговорни, односно морају одговарати због евентуалних злоупотреба власти: „Од свију средстава противу злоупотреба власти одговорност државних органа јесте практички најважнија. Она рађа у самим органима једно нарочито осећање − осећање одговорности, које их, као нека унутрашња сила, уздржава од злоупотреба власти. Добро организованом одговорношћу државни се органи, тако рећи, васпитавају за савесно вршење својих функција".[50] На тај начин се стварају најбољи могући услови да се у вођењу државе поштују државни интереси.[51]

Способност и стручност су нужни, али не и довољни услови за орган државе.[52] Историји су познати примери многих стручних и

[48] *Ibid.*

[49] *Ibid.*

[50] *Ibid.*, 144.

[51] Због тога Јовановић указује да је најважнији допринос уставности и парламентаризма за државу у томе што је носилац праве власти постао одговоран. Управо спречавање неодговорности врха власти, тј. апсолутизма, јесте историјски разлог успостављења уставности и министарске (премијерске) одговорности. Највећа опасност за државу јесте када онај који има истинску власт није и одговоран за вршење те власти. Јовановић истиче да је у Енглеској закључено да мана монархије није у владавини једног човека, него у томе што је у питању власт без надзора и одговорности. Вид. Слободан Јовановић, „Енглески парламентаризам", *Сабрана дела* 2 (ур. Р. Самарџић, Ж. Стојковић), БИГЗ, Југославијапублик, СКЗ, Београд 1990, 647.

[52] Стручност и способност су различити појмови. Стручан орган може да буде само експерт у својој струци за појединачна питања (стручњак за рачуноводство), али не и способан у административном смислу неопходном за управу, или у највишем смислу политичке способности потребне највишим државним органима.

способних државних органа који не само да нису радили за интересе сопствене државе, већ управо супротно њеним интересима. Пошто способност државног органа може да буде уперена и против државе, за државу је важније да њени органи буду морални, тј. патриоте, него да буду стручни или способни. У том смислу треба разумети Јовановићево тумачење уже схваћеног макијавелизма, према коме су морални принципи корисни држави.[53]

Питање морала за државу се своди на питање да ли орган ради у њеном интересу или ради у свом, тј. туђем интересу. Сваки интерес који није интерес државе, без обзира на то да ли је реч о приватном интересу, интересу стране државе или стране организације, за државу је туђ интерес. Из државног угла гледано, из аспекта њених интереса, моралне су патриоте, тј. они органи који позајмљујући своју вољу држави, делују имајући у виду првенствено њене интересе. Због тога је за Јовановића најопштији критеријум за избор најбољег државног органа његова моралност, која је из државног угла гледано, патриотизам. Патриотизам је залагање за бољитак државе, јер боља је држава у којој државни органи боље чувају државу и штите њене интересе, који су истовремено и интереси народа државе. За државу је боље да буде војно и привредно способна, због чега је добро да њени грађани буду здрави. Боље је да нема сукоба између друштвених редова, због чега је добро неговати солидарност унутар народа и одржавати неутралан положај државе према различитим класним интересима који представљају центрифугалне, тј. „средобежне" силе.[54] Интерес државе је да прехрани своје грађане, због чега подстиче пољопривреду и сл. Највећи интерес државе је, наравно, да опстане и да се сачува у своја три основна елемента, а то су народ, територија и власт.[55] Због тога је очување и заштита државе прва и најважнија дужност њених органа.

Према Јовановићу израда општег плана премашује способности стручњака, и то је задатак за државника који мора да има способност одмеравања свих чињеница, вид. С. Јовановић, (1990b), 57.

[53] О патриотизму у Јовановићевој интерпретацији Макијавелијевог учења о држави вид. Лазар Марковић, „Слободан Јовановић о Макијавелију", *Савременици о Слободану Јовановићу* (ур. Ј. Тркуља, М. Вучинић), Правни факултет, Службени гласник, Београд 2009, 65; Ђ. Тасић, (2009b), 143.

[54] У држави се „осећају две снаге од којих свака у другом правцу дејствује: једна која спаја, и једна која раздваја, и њена унутрашња равнотежа резултат је дејствовања тих двеју снага". Ове снаге Јовановић назива „средотежном" и „средобежном" силом. Вид. С. Јовановић, (1990c), 18 19. Држава је сложена и недовољно хармонична група у којој не престају борбе између друштвених редова, партија и др. Због тога држава мора да одржава равнотежу између „средотежних" и „средобежних снага", као неутрална снага која води рачуна о својим интересима, чија сама организација треба да буде „јемство за њено неутрално вршење", *ibid.*, 87.

[55] „Учење о три елемента", „Drei Elemente Lehre", *ibid.*, 24. Упор. Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, O. Häring, Berlin 1914, 394 434.

5. ДРЖАВА И МОРАЛ

Према Јовановићу за државу је боље да су државни органи који обављају различите функције подељени.[56] Под техничким разлогом поделе власти подразумева се потреба специјализације за посебне послове, јер „свака функција тражи органе који ће своје умне и моралне особине њој прилагодити".[57] Правни разлог поделе власти налази се у самом појму права према коме „нико не може бити ограничен својом властитом вољом него туђом; зато, ако се хоће да вршиоци закона доиста буду ограничени законом, не сме се издавање закона поверити оним истим људима који их врше".[58]

Иако је држава неограничена и неограничљива, поделом власти и доношењем закона, она се самоограничава. Због тога се држава може дефинисати као „самоограничавајућа неограниченост".[59] Држава је неограничена у сваком погледу, укључујући и морал. Међутим, самограничавање државе ограничава њен егоизам из интереса који управо јесу егоистички интереси, тј. њен, државни разлог. Држава се самоограничава у сопственом интересу, не само да би била ефикаснија у вршењу власти, већ и у избору својих органа. Само ако су слободни, они истински могу да буду патриоте, тј. да врше дужност државних органа служећи државу „са љубављу и пожртвовањем".[60] Због тога је за јединство и стабилност државе у њеном интересу да гарантује слободу грађана, слободу јавне речи,

---

[56] Јовановић класификује државне органе према њиховој правној моћи у две основне категорије. Органи који врше државно право заповедања у неограниченој мери су законодавни органи, они врше суверену власт у држави и потпуно представљају државу. Органи који заповедају у ограниченој мери, за разлику од законодавних органа који заповедају у неограниченој мери, управни су и судски органи, вид. С. Јовановић, (1990с), 145 146. Осим суверених (законодавних) и не суверених органа (извршна и судска власт), постоје и трећа и четврта врста органа, за које Јовановић сматра да је бољи назив агенти, као што су агенти за правне по слове (јавне набавке) и агенти за техничке послове, као што су професори, лекари, инжењери, који обављају одређене послове за државу, *ibid.*, 251.

[57] За сваку функцију су потребне друге умне и моралне особине, јер прав но образовање потребно судији, није потребно законодавцу, који посматра ствари са вишег и ширег гледишта него што је стручно правно. Такође, законодавцу није потребно оно разумевање појединости и практичних тешкоћа које мора да има ад министратор. Администратору је потребан известан „дух иницијативе" који судија, строго везан за закон, не може да има. Такође, администратору је потребна „из весна брзина и хитрина у радњи која би само сметала законодавцу", чији послови изискују извесну спорост у мишљењу и обазривост при одлучивању, *ibid.*, 249.

[58] *Ibid.*

[59] Синтагму „самоограничавајућа неограниченост", употребљену у приступ ној беседи под називом „О суверности", коју је Јовановић изговорио поводом постављења за ванредног професора Правног факултетета Велике школе 1897. годи не, касније више не користи, вид. С. Јовановић, (1996), 51; упор. G. Jellinek, 482.

[60] С. Јовановић, (1990а), 142.

равноправност утицаја на државне послове различитим друштвеним редовима и уопште владавину закона. Моралност је везана за самоограничавање државе из њеног сопственог разлога јер „морални принципи нису ништа друго него апстрактан израз оних услова под којима може постојати права, слободна заједница међу људима“.[61] Јовановићево виђење односа државе и појединца најупечатљивије се може видети на примеру његове анализе енглеског парламентаризма: „У свакој организацији, чак и оној најширој и најслободнијој, има нечега што се противи и смета моралној слободи појединца; на тој слободи, међутим, Енглези су покушали основати свој политички систем. У последњој анализи, тај систем почива на слободном неорганизованом грађанину, који мисли својом главом, и од времена на време мења мишљење. И ствар чудновата, са тим својим индивидуализмом, Енглези су, у утакмици народа, отели првенство народима, који су и политички и војно били од њих организованији“.[62]

Државни органи, укључујући и највише државне органе, регрутују се из грађана дате државе, због чега је моралност сваког државног органа непосредно повезана са моралношћу друштвене групе из које происходи – политичке странке, пословних и струковних удружења и сл. Најшира друштвена група, чије су подгрупе све остале друштвене групе, јесте народ државе као скуп свих њених грађана. Због тога, иако је држава сама по себи неутрална, под њеном неутралношћу не подразумева се да она нема интересе, већ само да треба да следи своје интересе, а не сепаратне интересе појединих друштвених редова. Јовановић је већ у свом тумачењу уже схваћеног макијавелизма показао да макијавелизам не може да буде против моралности, ако је моралност државни интерес. Платонизам је, према Јовановићу, најубедљивије показао да државни интерес јесте да њени грађани буду не само физички и стручно спремни, већ и морално. Он наглашава моралну међузависност државе и појединца: „морални грађани у моралној држави. Та истина као све велике ствари изгледа сасвим проста; ипак зато ту просту ствар нико ни пре ни после Платона није дубље од њега проникао ни убедљивије објаснио“.[63] Пошто држава почива на моралним особинама својих поданика, она је „ако не најчистији, а оно најмоћнији израз њихове колективне моралности“.[64] За Јовановића се суштина платонистичког схватања државе састоји у томе да се „појединац не може морално развијати у којој било друштвеној средини, него само у оној која буди и под-

[61] С. Јовановић, (1991b), 145. Упор. Слободан Жуњић, *Историја српске филозофије*, Плато, Београд 2009, 310, „[Јовановић је], насупрот Марксу, о коме је објективистички писао [...] био убеђен да се преко државе као живе снаге и објективне (неутралне) моћи може извести друштвена рационализација“.

[62] С. Јовановић, (1990c), 647.

[63] С. Јовановић, (1990b), 83.

[64] С. Јовановић, (1990a), 145.

стиче његова благороднија осећања. Војничка држава, као ни плутократска, нису таква средина. Као што се појединац не може морално развијати у којој било држави, тако ни држава не може се правилно уредити с каквим било појединцима. Она претпоставља код својих грађана јаку моралну дисциплину и навику подређивања приватних интереса јавним интересима. Само она држава чији ред живи у души њених грађана, јесте држава у правом смислу речи".[65] На платонистичко схватање моралне међузависности државе и појединца Јовановић надовезује Берково мишљење, према коме политика није као техника искључиво производ људског ума, јер су њој моралне особине потребније него умне. Јовановић указује на то да у енглеском схватању политике утилитаризам заузима значајно место. Берково гледиште које такође није лишено утилитаризма, сматра типично енглеским. Бентамов (*J. Bentham)* утилитаризам, међутим, сматра рационализмом који је ограничен појмом користи и није аутентично енглески, као што је то Берково мишљење.[66] За Берка је политика искуствена наука која не треба да се учи *a priori*: „кратко искуство не може да нас поучи тој практичној науци, јер прави ефекти моралних разлога не наступају одмах – може се показати да онај који је у први мах шкодљив, је изванредан у свом каснијем деловању (при чему је чак могуће да такав учинак проистекне из неповољних ефеката које је произвео на почетку)".[67]

Према шире схваћеном макијавелизму, моралност у политици би била једно сувишно оптерећење које шкоди политичком успеху, односно, представља политичку слабост или неспособност. Јовановић истиче да макијавелистички став да је државник „пола лав, а пола лисица" није ништа ново, јер су се политичари одувек служили и силом и лукавством: „С друге стране, исто је тако тачно да публика није престајала да цени политичаре не само по њиховом успеху, него још и по једном моралном мерилу. Она се дивила њиховом успеху, али ако он није био постигнут допуштеним средствима, она није могла, а да то не осуди."[68] Ако је јавност укључена у политику, као што

[65] С. Јовановић, (1990b)*,* 83. О једној аналогији између Платона и Јовановића вид. С. Врачар (1991), 43.

[66] С. Јовановић, *Примери политичке социологије, Енглеска, Француска, Немачка 1815 1914*, *Сабрана дела* 10 (ур. Р. Самарџић, Ж. Стојковић), БИГЗ, Југославијапублик, СКЗ, Београд 1990, 28

[67] Едмунд Берк, *Размишљања о револуцији у Француској* (прев. Љ. Николић), Филип Вишњић, Београд 2001, 75 76. Упор. Edmund Burke, *Reflections on the Revo lution in France*, *A Critical Edition* (ed. J. C. D. Clark), Stanford Univ. Press, Stanford 2001, 220.

[68] С. Јовановић, (1991b), 144, указује на пример Бизмарка (*O. von Bismarck*)*,* који је важио за „ненадмашног виртуоза дипломатије, али како се његова виртуозност неки пут граничила с нескрупулозношћу, публика је била његовим успесима колико задивљена, толико и саблажњена". Слободан Јовановић, „Бисмарк", *Сабрана дела* 12 (ур. Р. Самарџић, Ж. Стојковић), БИГЗ, Југославијапублик, СКЗ, Београд 1991,

је случај у парламентаризму, онда ова морална оцена јавног мњења има и веома делотворне политичке последице на вољу бирача, али и на вољу политичара: „Публика је сасвим у праву, кад допушта себи да протестује против оних политичких успеха који су постигнути о трошку моралних прописа. С тим је протестом као и с гласом савести. Глас савести није тако често у стању да нас задржи од погрешака, али да није његових прекора после учињених погрешака, ми бисмо грешили још и више“.[69]

Јовановић дели Берков увид да је политици потребна нарочита морална дисциплина која човека чини умереним и у употреби власти и у употреби слободе. Он указује на далековиди утилитаризам енглеског политичког искуства који је препознатљив код њихових најистакнутијих државника: „Ово изједначавање моралности и практичности није одлика самога Берка, него целог англо-саксонског протестантизма. Тај протестантизам сложио је у себи две противуречне ствари: способност самосавлађивања која иде до аскетизма, и потребу непрестане активности која иде до грамзивости за материјалним добрима“.[70] Јовановић додаје да је Берк био исто толико практичан колико и моралан, јер је водио рачуна о међузависности ова два појма, због чега је заговарао моралну дисциплину као најсигурније средство за остварење опште користи: „Сви су људи себични, али једни су кратковиди, а други далековиди у својој себичности. Први не виде, а други виде да трајног успеха нема без моралне дисциплине“.[71] У Берковом учењу може да се види једна врста синтетезе платонизма и уже схваћеног макијавелизма. Јовановић следи Берково историјско мишљење, односно његову филозофију наслеђа, према којој држава има свој морални карактер, који је изграђен током историје и који је кључ њене судбине: „Покушаји да се она упути правцем који њеном карактеру не одговора, ако нису узалудни, онда су погибаони“.[72]

214, наглашава да разлог што многима Бизмарк служи као узор државника коме све са лакоћом полази од руке, лежи у његовом политичком маркетингу: „може бити зато што је он имао могућности да кроз близу тридесет година троши годишње око четврт милиона динара на новине које ће причати свету о његовој генијалности“.

[69] С. Јовановић, (1991b), 144 145.

[70] Јовановић закључује да је Берк истински енглески политичар, јер Ен глези „друштвена питања радије решавају на основу искуства и обичаја, него на основу умовања и теорије“, вид. Слободан Јовановић, „Берк“, *Сабрана дела* 9 (ур. Р. Самарџић, Ж. Стојковић), БИГЗ, Југославијапублик, СКЗ, Београд 1990, 212. Јовановић указује на то да Беџет у XIX веку, као и Балфур (*A. Balfour*) у XX веку, своја гледишта заснивају на Берковим. Вид. Слободан Јовановић, „Артур Балфур“, *Сабрана дела* 2 (ур. Р. Самарџић, Ж. Стојковић), БИГЗ, Југославијапублик, СКЗ, Београд 1990, 673 681.

[71] С. Јовановић, (1990f), 212.

[72] *Ibid*., 211.

6. ЗАКЉУЧАК

Под моралношћу у држави Јовановић подразумева, с једне стране патриотизам, и с друге стране, слободно друштво унутар државе. Сматра да без „слободне заједнице“[73] нема државног јединства, нити је могуће истинско и делотворно, односно „с љубављу и пожртвовањем“ служење држави.[74] Ови Јовановићеви закључци у потпуности се поклапају са закључцима његове политичке филозофије. За њега је „идеална држава“, тј. парадигма неопходна за опстанак државе, интегрални парламентаризам који подразумева начело поделе функција суверене државне власти, парламентарну монархију, опште право гласа и дводомни систем.

Макијавелизам као утилитаризам који је изведен до крајњих консеквенци, противречан је у својој основи. Без обзира на то колико дијалектичко решење односа морала и политике може да изгледа успешно, Јовановић не сматра да је противречност макијавелистичког и платонистичког учења о држави у потпуности превазиђена, јер у самом „бићу државе има нечег противуречног“.[75] Схватање да у бићу државе има нечег противречног подразумева противречност и у политици. Може се тврдити да је свака политичка акција већ одступање од моралних идеала и да је човек моралан само док размишља.[76] С друге стране, „ако су морални идеали у својој потпуности неостварљиви, из тога још не следује да их не треба узети за врховно мерило наших поступака. У природи је сваког идеала да је с муком, и тек непотпуно остварљив“.[77]

Јовановић не сматра да је држава највиши идеал и указује на то да има вредности изнад државе.[78] Стиче се утисак да основним поставкама Јовановићеве теорије државе противрече његови закључци, јер се прихватањем вредности изнад државе подразумева да нешто претходи држави, чиме се, у суштини, прихвата природноправна теорија. Међутим, пошто истицање вредности изнад државе није истоветно постојању права пре државе, не би се могло закључити да је Јовановић прихватио природноправну теорију коју је раније детаљно анализирао, критиковао и одбацио.

„Далековиди утилитаризам“ као морал који надилази морал у служби државног утилитаризма, превазилазио би самог себе. Највећи

73 С. Јовановић, (1991b), 145.

74 С. Јовановић, (1990a), 142.

75 *Ibid.*, 147.

76 С. Јовановић, (1991b), 144.

77 *Ibid.*

78 Јовановић указује на опасност од политичких доктрина којима су највиша вредност држава (фашизам), нација (националсоцијализам) и (радничка) класа (ко мунизам). С. Јовановић, (1990c), 297, 499 509; (1991b), 150 151.

примери моралности били би утилитарни, јер су све подређивали једном далеком моралном циљу. За такав неограничени морални утилитаризам, који има у виду моралну корист, не би се више могло рећи да је утилитаризам. Јовановићево објашњење моралности која укључује, али и превазилази моралност у држави, треба тражити у његовим посредним одговорима. У портретима државника, на појединачним примерима, долази до изражаја Јовановићева етика дужности, утемељена у гледишту да је дужност државног органа да када позајмљује своју вољу држави, ради у њеном интересу. Управо у Јовановићевим биографијама државника[79] може се јасније разумети посредовање дужности према држави са моралним вредностима које превазилазе далековиду политичку сврсисходност.

Dr. Boris Milosavljević

Research Assistant
Institute for Balkan Studies
Serbian Academy of Sciences and Arts

POLITICS AND MORALITY IN SLOBODAN JOVANOVIĆ`S THEORY OF STATE

Summary

The core of Slobodan Jovanović's reflections is the theory of state, which ties his complete oeuvre into a single system framework. This is why the issues he dealt with, including considerations of the relations between politics and morality, are closely or loosely connected to his theory of state. This paper explores possible solutions to the contradictory Machiavellian and Platonist viewpoints of state put forward in Jovanović's scholarship. State organ acts morally if executing the will of a state, not its own or any other will alien to the state. With that, the state limits itself for its own interests by separation of power and passage of laws, which provides creation of free community necessary for reinforcement of morality in the state.

[79] Посебно портретима Балфура и Гледстона које промишља и тумачи још у својим раним радовима. Вид. Слободан Јовановић, „Гледстон" [1894], *Непознати радови 1892 1902* (ур. С. Војиновић), Филип Вишњић, Београд 2005, 192 200; исти, „Артур Балфур", *Српски књижевни гласник*, 8/1903, 36 45. Да рани чланак о Глед стону представаља основу више од четири деценије касније објављене студије, вид. Данило Баста, „Младићки радови Слободана Јовановића", *Анали Правног факулте та у Београду* 2/2005, 273 275.

The equation mark between morality and political practicality in the far-sighted utilitarianism of the English political experience, underlying Burke's political philosophy, could be a synthesis *sui generis* of Machiavellian and Platonist ideas of state. In that, Jovanović does not deem state to be the highest ideal, as he points to the existence of values above the state.

Key words: *State. – Politics. – State interest. – Machiavellianism. – Morality. – State Personality*.

УДК 336.763

Мр Мирјана Радовић, LLM (Humboldt)*

ТРАДИЦИОНО СВОЈСТВО ТЗВ. СТВАРНОПРАВНИХ ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ

У овом раду аутор истражује појам, карактеристике, развој, значај, теоријска објашњења, услове за постојање и правне последице примене традиционог својства тзв. стварноправних хартија од вредности. Под традиционим својством се подразумева могућност извршења предаје робе путем преноса хартије од вредности, која инкорпорише правни захтев за повраћај робе против издаваоца. Први део рада анализира да ли су традиционе хартије од вредности (на пример, коносман, складишница, товарни лист) према природи инкорпорисаног права заиста стварноправне хартије, како их без изузетка квалификују домаћи аутори. У том погледу се закључује да су ове хартије од вредности у ствари облигационоправне, с тим што њихов пренос може да изазове стварноправна дејства приликом располагања робом. Други део рада се бави питањем основних карактеристика традиционих хартија од вредности и дефинисањем њиховог појма. Следећи део рада садржи детаљну анализу теорија које настоје да објасне основ традиционог дејства: 1. релативна теорија, 2. апсолутна теорија, 3. теорија репрезентације, и 4. модификована релативна теорија. Потом су изложени услови који морају да буду испуњени да би пренос традиционе хартије остварио дејства предаје робе. Коначно, у последњем делу рада су истражене правне последице примене традиционог својства у вези са располагањем робом. На основу постигнутих резултата истраживања аутор је пружио и критичку анализу српске правне теорије и праксе у домену традиционих хартија од вредности.

Кључне речи: *Традиционо својство/дејство. Хартије од вредности. Државина. Стицање стварних права. Предаја.*

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *mirjanam@ius.bg.ac.rs*.

1. УВОД

Располагање робом која се налази у превозу или у складишту је отежано ако трговац не поседује опипљив доказ да још увек има контролу над њом иако је изгубио непосредну државину у корист превозиоца, односно складиштара. Овај доказ треба да обезбеди поверење трећих лица као потенцијалних стицалаца стварних права на роби (на пример, права својине, залоге) у привид да преносилац има фактичку власт и овлашћење за располагање робом. У супротном, евентуални купци и залогопримци робе би морали или да се поуздају у поштење трговца или да се посебно ангажују на проверавању његових тврдњи, што би било скопчано са високим ризицима и трошковима. Управо из тог разлога су се у пракси развиле хартије од вредности са традиционим својством, попут складишнице, робног записа, коносмана, товарног листа и исправа комбинованог превоза робе.[1] Ове хартије од вредности издаје превозилац, односно складиштар, лицу које је поверило робу на превоз или ускладиштење. Оне олакшавају трговину, јер представљају реалан симбол контроле законитог имаоца хартије над робом која се налази код издаваоца, те стварају привид у који трећа лица могу да се поуздају.

У трговачкој пракси, а потом и у делу правне науке се уврежило схватање да хартије од вредности са традиционим својством инкорпоришу право својине на роби поводом које су издате, тако да њихов пренос истовремено означава пренос одговарајућих својинских права на новог законитог имаоца. Отуда се у домаћој правној теорији ове хартије од вредности често класификују као стварноправне, будући да наводно садрже право својине на роби као стварно право. Међутим, ближа анализа традиционог својства хартија од вредности ће показати да је такво схватање не само погрешно, него и повезано са бројним неоправданим последицама у складу са максимом *Uno absurdo dato, infinita sequuntur*.[2]

Назначено неразумевање суштине традиционог својства тзв. стварноправних хартија од вредности у домаћој правној науци подстиче на дубље истраживање ове теме. Анализа која следи служи разјашњењу појма, функција, претпоставки за постојање и последи-

[1] О традиционом својству мултимодалне транспортне исправе вид. Florian Gehrke, *Das elektronische Transportdokument Frachtbrief und Konnossement in elek tronischer Form im deutschen und internationalen Recht*, Deutsches und internationales Wirtschaftsrecht, Band 43, LIT Verlag, Münster 2005, 39.

[2] „Ако се почне с једним апсурдом, пратиће га безброј других." Основни разлог за забуну у погледу квалификације ових хартија од вредности као стварно правних се огледа у томе да пренос хартије, захваљујући традиционом својству, може да изазове стварноправна дејства у смислу располагања стварним правима на роби.

ца примене традиционог својства, како би се показао његов стварни значај за располагање робом. При том, истраживање ових питања није само теоријски интересантно и интелектуално изазовно. Оно је изразито релевантно и за праксу, имајући у виду да пружа одговоре на значајан проблем пуноважности стицања и престанка стварних права на роби, док се она налази у превозу или у складишту.

2. СТВАРНОПРАВНЕ ХАРТИЈЕ ОД ВРЕДНОСТИ ИЗ УГЛА ПОДЕЛЕ ХАРТИЈА ПРЕМА ВРСТИ ИНКОРПОРИСАНОГ ПРАВА

Хартије од вредности се према врсти инкорпорисаног права традиционално деле на:

а) облигационоправне хартије – које садрже облигационоправне захтеве (потраживања) према њиховом издаваоцу;

б) стварноправне хартије – које садрже стварно право (на пример, право својине, залоге, хипотеке) на одређеној ствари; и

в) хартије са правом учешћа (корпорационе хартије) – које садрже скуп чланских права у њиховом издаваоцу.[3]

С обзиром на то да хартије од вредности као извор субјективних грађанских права законитог имаоца настају на основу одговарајуће изјаве воље њиховог издаваоца, поставља се питање под којим условима издавалац може да својом изјавом воље креира хартију која инкорпорише стварно право на одређеној ствари. Јасно је да стварноправна хартија од вредности може да настане само ако су испуњене претпоставке за постојање стварног права у корист законитог имаоца хартије. Са једне стране, то ће бити случај увек када издавалац хартије има овлашћење за располагање конкретним стварним правом, па одлучи да тим правом располаже путем његове инкорпорације у

[3] Karl Heinz Gursky, *Wertpapierrecht*, C. F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, Heidelberg München 2007[3], 10 и 11; Richard Holzhammer, *Allgemeines Handelsrecht und Wertpapierrecht*, Springer Verlag, Wien 1998[8], 288; Ernst Heymann, *Handelsrecht mit Wertpapierrecht und Seerecht*, Industrieverlag Spaeth & Linde, Ber lin Wien 1936, 75; Ulrich Meyer Cording, *Wertpapierrecht*, Alfred Metzner Verlag, Neuwied Frankfurt 1990, 2; Ивица Јанковец, *Привредно право*, Јавно предузеће Службени лист СРЈ, Београд 1999[4], 650 651; Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009[11], 448 449; Славко Царић, *Банкарски послови и хартије од вредности*, Центар за привредни консалтинг, Нови Сад 1996[5], 59; Александар Антић, *Приручник о хартијама од вредности*, Привредни преглед, Београд 1979, 22 23; Божидар Павићевић, Миодраг Мићовић, *Хартије од вредности*, Издавачка агенција „Драганић“, Београд 1994, 11; Славко Царић, „Хартије од вредности у југословенском позитивном праву“, *Право и привреда*, 1 2/1996, 28.

хартију, чиме се стварно право преноси на законитог имаоца хартије.[4] Са друге стране, ова претпоставка ће бити испуњена ако издавалац има овлашћење да успостави ново стварно право и одлучи да то учини издавањем хартије од вредности, тако да стварно право изворно настане у корист првог законитог имаоца хартије.[5] Према томе, под условом да одговарајућа изјава воље издаваоца може да доведе до пуноважног настанка или преноса стварног права на законитог имаоца хартије, хартија од вредности ће заиста садржати стварно право на одређеној ствари.

Примери хартија од вредности које уистину инкорпоришу стварна права са дејством *erga omnes* су релативно ретки. Овде спадају хипотекарно писмо (нем. *Hypothekenbrief*) и инвестиционе јединице отвореног инвестиционог фонда (у правним системима који им признају својство хартија од вредности).[6] Насупрот томе, у српској правној теорији се као типичан пример стварноправних хартија од вредности наводе складишница, коносман и товарни лист.[7] Међутим, ако се избегне просто преузимање такве квалификације ових хартија од стране домаћих аутора у области трговинског права, па се озбиљније преиспита које је то стварно право инкорпорисано у њима, долази се до сасвим супротног закључка. Наиме, критичка анализа хартија од вредности попут складишнице, коносмана, товарног лица показује да оне уопште не садрже никакво стварно право, па их у том смислу не треба ни третирати као стварноправне.

Поменуте тзв. стварноправне хартије од вредности издаје складиштар, односно превозилац, лицу које је предало робу на чување или на превоз. При том, не само да издавалац ових хартија није власник робе нити овлашћен да располаже робом, већ ни оставодавац, односно наручилац превоза, такође, не мора да буде власник нити да има овлашћење за располагање робом. Отуда, рећи да складишница, коносман и товарни лист садрже право својине на роби поводом које су издати, значи признати складиштару, односно превозиоцу овлашћење да креира нова својинска права на роби са дејствима *erga omnes*, када та права или овлашћење за располагање није имао ни он, ни оставодавац, односно наручилац превоза као први законити

---

[4] Овлашћење за располагање начелно припада имаоцу стварног права, али је могуће да то овлашћење буде дато од стране имаоца и неком другом лицу. Примера ради, код комисионе продаје право својине на предмету комисиона припада коми тенту, а комисионару се даје овлашћење за располагање (комитентовом) својином.

[5] На пример, орган надлежан за вођење земљишних књига издаје хипотекарно писмо имаоцу хипотеке као првом законитом имаоцу ове стварноправне хартије од вредности која инкорпорише права из хипотеке. Вид. Christina Klein, *Lexikon der Immobilien Zwangsversteigerung*, Interna, Bonn 2007, 37.

[6] R. Holzhammer, 288; E. Heymann, 75; упор. М. Васиљевић, 448.

[7] М. Васиљевић, 448; А. Антић, 22; Б. Павићевић, М. Мићовић, 11. Таквих примера има и у немачкој правној теорији, вид. E. Heymann, 75.

ималац хартије. Тиме би се отворила врата опасним злоупотребама, код којих би чак и лопов, простим поверавањем украдене робе на ускладиштење и добијањем складишнице, могао да постане њен власник.[8] Наравно да су такве последице противне логици и смислу грађанског права. Оне би омогућавале да лице предајом робе складиштару или превозицу на основу издате хартије од вредности стекне бољи правни положај него што га је иначе имало у вези са том робом.[9]

Из свега наведеног се закључује да хартије од вредности попут складишнице, коносмана, товарног листа, не могу и не треба да садрже право својине на роби поводом које су издате.[10] Путем ових хартија од вредности издавалац само потврђује да је примио одређену робу на чување, односно превоз, и обавезује се да ту робу преда законитом имаоцу хартије.[11] Описана обавеза складиштара, односно превозиоца према законитом имаоцу хартије је облигационоправног карактера, због чега у упоредноправној теорији поједини аутори ове хартије класификују као облигационоправне.[12] Стога се поставља питање, из ког разлога велики део правне теорије прави тако очигледну грешку сврставајући ове хартије у категорију стварноправних. Одговор се огледа у томе да су ове хартије стварноправне утолико што њихов пренос може да има стварноправна дејства у смислу располагања стварним правима на роби.[13] Наведена карактеристика се заснива на тзв. традиционом својству или дејству, што значи да се пренос хартије изједначава са предајом робе која је на њој означена. Отуда ће у даљем тексту за такве хартије бити коришћен општи израз „традиционе хартије од вредности", које су облигационоправне хартије према врсти инкорпорисаног права, али чији пренос може да има стварноправна дејства располагања робом, због чега се често класификују и као тзв. стварноправне хартије.[14]

---

[8] Упор. Richard Schaffer, Filiberto Agusti, Berverly Earle, *International Business Law and its Environment*, South Western, Cengage Learning, Mason 2009[7], 166.

[9] Упор. Samuel Williston, *The Law Governing Sales of Goods at Common Law and Under the Uniform Sales Act*, Baker, Voorhis & CO., New York 1909, 722; William E. Britton, „Negotiable Documents of Title", *The Banking Law Journal*, 71, 10/1954, 670.

[10] Тако је и у праву Аустралије, вид. Martin Davies, „Australia", *Transfer of Ownership in International Trade* (ed. A. von Ziegler), Kluwer Law International BV, The Netherlands 2011[2], 13.

[11] Светислав Аранђеловић, „Привредни значај и правна природа складишни це", *Анали Правног факултета у Београду* 1 2/1993, 15.

[12] K. H. Gursky, 10; U. Meyer Cording, 2; упор. R. Holzhammer, 288.

[13] Kurt Michaelis, *Der Erwerb des Eigentums durch Vermittelung eines Traditi onspapiers und der Schutz des gutgläubigen Erwerbers*, Druck von Otto Günther Nachf., Kyritz (Prignitz) 1913, 10.

[14] K. H. Gursky, 10; R. Holzhammer, 288; о традиционим хартијама од вредности као међукатегорији која има особине и облигационоправних и стварноправних хартија вид. K. Michaelis, 9 и даље.

3. ПОЈАМ И ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ТРАДИЦИОНИХ ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ

Традиционе хартије од вредности (нем. *Traditionspapiere/ Dispositionspapiere*, енгл. *documents of title*) се издају поводом конкретног односа оставе, код кога једно лице (оставодавац) предаје одређену робу у непосредну државину другом лицу (оставопримцу) без преноса права својине и овлашћења за располагање робом на њега, при чему оставопримац има обавезу да ту робу чува и да је врати овлашћеном лицу.[15] На основу овог правног односа оставопримац издаје оставодавцу хартију од вредности, којом потврђује да је примио робу на чување и обавезује се да је преда законитом имаоцу хартије.[16] Иако се каже да је основ издавања традиционе хартије од вредности остава, однос између издаваоца и првог законитог имаоца хартије не мора да има искључиву правну природу оставе, већ је довољно да издавалац уз евентуалне друге обавезе има и обавезе оставопримца, у смислу обавеза да чува и врати поверену робу. На тај начин се круг односа између издаваоца традиционе хартије од вредности и њеног првог законитог имаоца проширује, тако да обухвата не само ускладиштење, које по својој правној природи представља оставу, него и превоз, код кога превозилац, поред (споредних) обавеза чувања и предаје робе примаоцу, има и (главну) обавезу њеног превоза на одговарајућој релацији.

Основна претпоставка за настанак традиционе хартије од вредности се састоји у томе да њеним издавањем издавалац мора да преузме обавезу да означену робу преда искључиво законитом имаоцу уз презентацију и предају хартије.[17] У супротном, не би постојала контрола законитог имаоца над робом на коју се хартија односи, те не би било могуће ни установљавање традиционог својства.[18] Наиме,

---

15 R. Schaffer, F. Agusti, B. Earle, 163; William F. Willier, „Article 7 The Dual Aspects of Documents of Title", *Rutgers Law Review* 17/1962, 117; упор. S. Williston, 692.

16 Lutz Sedatis, *Einführung in das Wertpapierrecht*, Walter de Gruyter & Co., Ber lin 1988, 180 и 181; Hans Josef Wieling, *Sachenrecht*, Band I, Sachen, Besitz und Rech te an beweglichen Sachen, Enzyklopädie der Rechts und Staatswissenschaft: Abteilung Rechtswissenschaft, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 2006^2, 351 и 352; U. Meyer Cording, 81 82; S. Williston, 724; Heiko A. Giermann, *The Evidentiary Value of Bills of Lading and Estoppel*, Schriften zum Seehandelsrecht, Band 15, LIT Verlag, Münster 2004, 2; С. Царић, 181 и 185; Б. Павићевић, М. Мићовић, 99 и 105; С. Аранђеловић, 15.

17 Упор. Jürgen Tunn, *Lagerrecht/Kontraktlogistik*, C. F. Müller, Heidelberg 2005, 90; S. Williston, 731; Phil Carter, „Acquisition and Loss of Rights of Buyers and Sellers to Goods under the Uniform Commercial Code", *Boston College Industrial and Commer cial Law Review* 6/1964 1965, 169.

18 S. Williston, 694.

традиционо својство хартије од вредности се темељи на заштити поверења трећих лица у привид да је ималац хартије заиста и овлашћен за располагање означеном робом.[19] Овај привид се заснива на чињеницама из којих трећа лица као потенцијални стицаоци хартије могу оправдано да закључе да ималац хартије врши контролу, односно фактичку власт над робом.[20] Управо поседовање традиционе хартије од вредности, чијим издавањем се издавалац обавезао да означену робу преда искључиво законитом имаоцу хартије, представља довољан основ за описано поверење трећих лица.

Из наведеног се закључује да су традиционе хартије од вредности исправе које инкорпоришу облигационоправни захтев за предају одређене робе која је издаваоцу поверена на чување, а евентуално и пружање других услуга, при чему издавалац има обавезу да ту робу не преда никоме другом сем законитом имаоцу хартије.[21]

Хартије од вредности са наведеним карактеристикама имају тзв. традиционо својство или дејство. Израз „традиционо" својство потиче од латинске речи *traditio*, што значи „предаја". Међутим, предаја у смислу традиционог својства се не односи на начин преноса самих хартија од вредности, односно права која су у њима инкорпорисана. Отуда се традиционе хартије од вредности преносе у складу са општим правилима која важе за конкретну врсту хартије према начину одређења законитог имаоца: хартије на име се преносе цесијом, хартије по наредби – цесијом или индосаментом, а хартије на доносиоца и бланко индосиране хартије по наредби – простом предајом. Насупрот томе, предаја у смислу традиционог својства се односи на робу поводом које је та хартија од вредности издата. Дакле, пуноважан пренос традиционе хартије од вредности (цесијом, индосаментом или предајом хартије) симболизује предају робе, на коју се односе правни захтеви инкорпорисани у хартији.[22]

4. РАЗВОЈ И ЗНАЧАЈ ТРАДИЦИОНОГ СВОЈСТВА

Настанак традиционих хартија од вредности се везује за Италију, где су се у XIII веку први пут појавили транспортни документи са

[19] Упор. Hans Brox, *Handels und Wertpapierrecht*, Verlag C. H. Beck, München 2005[18], 362.

[20] S. Williston, 726.

[21] Упор. R. Holzhammer, 288; о дефиницији традиционих хартија од вредности у праву САД вид. W. F. Willier, 115 116; упор. Julius von Gierke, *Das Recht der Wert papiere*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln Berlin 1954, 112.

[22] H. Brox, 362; упор. Johann Georg Helm, „§ 450", *Handelsgesetzbuch: Groß kommentar* (Hrsg. Hermann Staub, Claus Wilhelm Canaris), Band 7/1, §§ 425 452, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags GmbH, Berlin 2004, 378.

особинама данашњег коносмана.[23] Међутим, у то време ова хартија од вредности није имала традиционо својство.[24] Основни услов за развој традиционог својства, које омогућава предају робе путем преноса хартије од вредности, је било прихватање идеје о симболичној предаји као одговарајућој замени за стварну, физичку предају робе (*traditio vera*).[25] Ова идеја је сазревала постепено, а када је коначно постала допуштен начин стицања стварних права на стварима, одатле је био мали корак до признавања традиционог својства хартијама од вредности. Схватање да пренос коносмана симболизује предају робе која се превози морем се развило у Холандији између XVII и XVIII века, па је касније проширено и на друге традиционе хартије од вредности, попут складишнице.[26]

Захваљујући традиционом својству ималац хартије од вредности је добио могућност да приликом располагања изврши симболичну предају робе путем преноса хартије на стицаоца.[27] Према томе, хартија од вредности је постала опипљив симбол робе која се налази код превозиоца, односно складиштара, а располагање робом која се не налази у непосредној државини преносиоца је добило одговарајући публицитет.[28] На овај начин је олакшана трговина робом током њеног превоза или ускладиштења, што је њену препродају и коришћење као средства обезбеђења потраживања учинило сигурнијим, бржим и економичнијим.[29] Стога је традиционо својство и употреба традиционих хартија од вредности постала општеприхваћена пракса широм света, а праћена је и одговарајућим теоријским и законодавним утемељењем.[30]

5. ТЕОРИЈСКО ОБЈАШЊЕЊЕ ТРАДИЦИОНОГ СВОЈСТВА СА ПРАКТИЧНИМ ИМПЛИКАЦИЈАМА

У упоредноправној теорији постоји општа сагласност око тога да традиционо својство хартија од вредности омогућава изједначавање преноса хартије са предајом робе означене на њој. Међутим, још увек је спорно теоријско објашњење описаног традици-

23 H. J. Wieling, 352; упор. W. E. Britton, 654 655; о развоју коносмана од XI века до данас више вид. H. A. Giermann, 19 28.

24 F. Gehrke, 65; H. J. Wieling, 352.

25 H. J. Wieling, 352.

26 F. Gehrke, 63; H. J. Wieling, 352.

27 R. Schaffer, F. Agusti, B. Earle, 164; упор. W. E. Britton, 665.

28 H. J. Wieling, 351; F. Gehrke, 63.

29 J. Tunn, 88.

30 F. Gehrke, 63.

оног дејства, при чему различита теоријска становишта у примени доводе до значајно различитих исхода. Основно питање које се у том погледу поставља је следеће: како се традиционо дејство хартија од вредности објашњава из угла општих правила о предаји као начину стицања стварних права на роби?

Према општим стварноправним правилима предаја робе постоји када се изврши пренос државине на роби са преносиоца на стицаоца, тако да државина преносиоца за сопствени рачун престаје у корист стицаоца чија се државина за сопствени рачун успоставља. Класичан начин предаје робе се састоји у преносу непосредне државине за сопствени рачун са једног на друго лице. Ипак, могуће је да преносилац нема непосредну државину на роби, већ да се та роба налази код трећег лица као непосредног државоца. У том случају ће преносилац моћи да изврши предају робе стицаоцу, само под условом да на њој има посредну државину за сопствени рачун. Посредна државина постоји ако се посредни државалац налази у таквом односу са непосредним државоцем из кога проистиче правни захтев за повраћај конкретне робе, при чему непосредни државалац нема вољу да ствар држи као своју (*opinione domini non possidet*), већ то чини за рачун посредног државоца који има државинску вољу власника (*domini voluntate possidet*).[31] У овој ситуацији посредни државалац може да изврши предају робе стицаоцу путем преноса посредне државине на њега. Посредна државина се преноси уступањем правног захтева за предају конкретне робе против непосредног државоца (*cessio vindicationis*), тако да однос посредовања државине између непосредног државоца и преносиоца престаје, а настаје између непосредног државоца и стицаоца.

У светлу изложених стварноправних правила се поставља питање да ли и пренос традиционе хартије од вредности означава предају у смислу преноса државине на роби или је потпуно независан од таквог, класичног правно-догматског тумачења, па представља самосталан начин стицања стварних права. У упоредном праву су се развиле три основне теорије које настоје да пруже адекватан одговор на ово питање: релативна теорија, апсолутна теорија, теорија репрезентације и модификована релативна теорија.

5.1. Релативна теорија

Према релативној теорији предаја робе путем преноса традиционе хартије од вредности није самостална врста предаје, већ функ-

[31] H. J. Wieling, 154 и 233; о схватању посредне државине у српској правној теорији вид. Драгољуб Лазаревић, „Облици државине“, *Правни живот* 10/2006, 646 и даље.

ционише на основу општих правила о преносу посредне државине на роби.[32] С обзиром на то да традициона хартија од вредности инкорпорише захтев за повраћај робе против превозиоца, односно складиштара, као непосредног државоца за туђ рачун, преносом хартије се преноси овај захтев, а тиме и посредна државина на роби.[33] Према томе, да би пренос традиционе хартије од вредности имао дејства предаје робе, неопходно је да преносилац у моменту преноса заиста има посредну државину на роби, те да се преносом хартије успоставља посредна државина у корист стицаоца.[34] Закључује се да заступници релативне теорије захтевају постојање стварне контроле (фактичке власти) преносиоца на роби, а не прихватају ослањање на претпоставку да таква контрола постоји због саме чињенице поседовања традиционе хартије. На тај начин се у највећој мери штити стицалац робе, будући да пренос хартије неће имати дејства предаје робе ако не омогући успостављање његове фактичке власти над робом.

Аргументи за прихватање релативне теорије се од стране противника истичу као њени основни недостаци. Наиме, према овој теорији традиционо својство хартије од вредности у потпуности зависи од постојања посредне државине преносиоца и његове могућности да пренесе ту државину на стицаоца. Отуда, ако из било ког разлога у конкретном случају нису испуњене претпоставке за постојање посредне државине имаоца хартије од вредности, њен пренос неће имати традиционо дејство. Примера ради, ако издавалац хартије од вредности још увек држи робу, али је променио државинску вољу, па то сада чини за сопствени рачун, ималац хартије губи посредну државину и могућност њеног преноса на стицаоца, због чега пренос хартије неће остварити дејства предаје робе; или ако је издавалац хартије од вредности изгубио непосредну државину на роби (због крађе или потпуне пропасти робе), самим тим и посредни држалац губи државину, те не може ни да је пренесе путем преноса хартије од вредности.

Из наведеног произлази да традиционо својство у потпуности зависи од реалних државинских односа у вези са робом, захваљујући чему има само релативан значај за извршење предаје робе. Тиме се традиционо својство своди на деклараторну карактеристику појединих врста хартија од вредности, која се заснива на оп-

[32] Peter Bülow, *Handelsrecht*, C. F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, Heidelberg München 2009[6], 144; H. J. Wieling, 353; Ingo Koller, *Das Lager geschäft*, Sonderausgabe der Kommentierung der §§ 416 424 HGB aus: *Handelsgesetz buch: Großkommentar*, 3. Auflage, Band 5, Walter de Gruyter & Co., Berlin 1980, C 84; U. Meyer Cording, 84; J. von Gierke, 115; K. Michaelis, 114 115.

[33] H. Brox, 362 и 363; H. J. Wieling, 353; упор. P. Bülow, 144; I. Koller, C 84; U. Meyer Cording, 84; упор. K. Michaelis, 16.

[34] H. Brox, 363; P. Bülow, 144.

штим правилима стварног права и не захтева посебно регулисање.[35] Штавише, прихватање релативне теорије би значило да све хартије од вредности које инкорпоришу правни захтев за повраћај одређене робе имају традиционо својство, јер се њиховим преносом уступа овај захтев, а тиме и посредна државина на роби.[36]

5.2. Апсолутна теорија

Према апсолутној теорији предаја робе путем преноса традиционе хартије од вредности је самосталан, додатни начин стицања стварних права на роби, који постоји уз остале начине извршења предаје у општем стварном праву.[37] У складу са овим схватањем је неважно како у реалности изгледају државински односи у погледу робе.[38] Следствено томе, пренос традиционе хартије од вредности ће означавати предају робе независно од тога да ли се тиме истовремено преноси посредна државина на роби.[39] Другим речима, ове хартије од вредности ће у сваком случају имати традиционо дејство, чак и када ималац хартије више нема фактичку власт на роби (тзв. апсолутно традиционо дејство).[40]

Примена апсолутне теорије на располагање робом преносом традиционе хартије од вредности у највећој мери штити преносиоца, јер му омогућава да пуноважно изврши предају робе, чак и када то према општим стварноправним правилима не би могао (на пример, због непостојања посредне државине).[41] При том је према овој теорији ирелевантно не само да ли је преносилац (ималац традиционе хартије од вредности) посредни држалац робе, већ и да ли је издавалац држалац робе у моменту преноса хартије. Према томе, ако је издавалац у међувремену предао робу неком трећем лицу и тиме изгубио државину, накнадни пренос традиционе хартије од вредности ће се свеједно сматрати као извршена предаја робе стицаоцу.[42] На тај начин, пренос традиционе хартије од вредности у потпуности замењује предају робе. Описано традиционо дејство би морало да буде изричито прописано законом, будући да не може да се објасни помоћу општих стварноправних правила.

---

[35] Claus Wilhelm Canaris, „§ 363“, *Handelsgesetzbuch: Großkommentar* (Hrsg. Hermann Staub, Claus Wilhelm Canaris), Band 4, §§ 343 382, De Gruyter Rechtswissen schaften Verlags GmbH, Berlin 2004, 81; J. G. Helm, 379 и 380.

[36] J. G. Helm, 380.

[37] U. Meyer Cording, 84; H. J. Wieling, 353; C. W. Canaris, 82; P. Bülow, 144; J. G. Helm, 379; I. Koller, C 84; J. von Gierke, 116; K. Michaelis, 15.

[38] P. Bülow, 144; J. von Gierke, 116; K. Michaelis, 27.

[39] C. W. Canaris, 82.

[40] H. J. Wieling, 353; P. Bülow, 144.

[41] P. Bülow, 144.

[42] H. Brox, 363.

5.3. Теорија репрезентације

Теорија репрезентације је најшире прихваћена у упоредном праву. Према овој теорији се сматра да традициона хартија од вредности репрезентује (симболизује) робу поводом које је издата,[43] захваљујући чему пренос хартије има исте ефекте као да је сама роба директно предата стицаоцу у смислу преноса непосредне државине.[44] Међутим, услов за наступање овако схваћеног традиционог дејства се огледа у томе да издавалац хартије мора заиста да посредује државину за рачун законитог имаоца хартије, јер у супротном, у недостатку посредне државине преносиоца хартија неће представљати робу.[45]

Теорија репрезентације је слична релативној теорији, утолико што традиционо својство хартије од вредности чини зависним од постојања посредне државине имаоца хартије на роби. Ипак, она се од релативне теорије разликује, јер у преносу хартије не види само уступање захтева за предају робе чиме се преноси посредна државина на роби, већ традиционој хартији признаје додатни квалитет симбола (представника) робе, због чега њен пренос изједначава са директном предајом робе. У том смислу традиционо својство хартија од вредности према репрезентационој теорији означава додатни начин стицања стварних права на роби, уз већ познате начине из општег стварног права.[46] Тиме се ова теорија приближава апсолутној, мада се од ње суштински разликује, јер захтева постојање посредне државине на роби у корист имаоца хартије као *conditio sine qua non* традиционог дејства.

Основно оправдање за признавање хартије од вредности као симбола робе се огледа у томе да законити ималац хартије, захваљујући посредној државини, има контролу над робом. Отуда, ако ова контрола у реалности престане да постоји, хартија од вредности више неће репрезентовати робу. Сходно томе, у случају да издавалац хартије од вредности изгуби државину на роби или промени државинску вољу, па почне да држи робу као своју, хартија од вредности сагласно теорији репрезентације губи традиционо својство.[47]

---

43 H. A. Giermann, 12 13; P. Carter, 169; W. F. Willier, 117; U. Meyer Cording, 85; J. von Gierke, 115.

44 S. Williston, 694; F. Gehrke, 101; H. J. Wieling, 353; K. Michaelis, 16. Тако је и у швајцарском праву, вид. Alexander von Ziegler, „Switzerland", *Transfer of Ownership in International Trade* (ed. A. von Ziegler), 445. Дејства преноса традиционе хартије од вредности су упоредива са предајом кључа у циљу предаје закључане ствари, вид. J. von Gierke, 116; упор. P. Bülow, 145; упор. C. W. Canaris, 82; H. Brox, 363; I. Koller, C 84; J. von Gierke, 116, према којима пренос хартије од вредности има дејства преноса посредне државине на роби.

45 H. Brox, 363; F. Gehrke, 101; C. W. Canaris, 82; J. G. Helm, 379.

46 C. W. Canaris, 82; U. Meyer Cording, 85.

47 H. Brox, 363; C. W. Canaris, 85; P. Bülow, 145.

5.4. Модификована релативна теорија

У немачкој правној науци многи угледни аутори заступају тзв. модификовану релативну теорију. Према овом схватању, традиционо дејство хартија од вредности се темељи на правном захтеву за повраћај одређене робе, који законити ималац хартије може да остварује против њеног издаваоца.[48] Све док такав захтев постоји, необориво се претпоставља да је преносом хартије од вредности пренета посредна државина на роби.[49] При том, правни захтев за повраћај одређене робе постоји ако издавалац хартије има државину на тој роби, и то било коју врсту државине (непосредну или посредну, за сопствени или за туђ рачун).[50] Од тренутка када издавалац хартије изгуби државину на роби (на пример, због крађе, пропасти робе, неовлашћеног отуђења уз предају робе трећем лицу), правни захтев за повраћај се гаси, јер издавалац више не може да испуни обавезу враћања те конкретне робе.[51]

Чини се да ово схватање на најбољи начин објашњава суштину традиционог дејства. Приликом преноса традиционе хартије од вредности стицалац се узда у то да инкорпорисани правни захтев за повраћај означене робе може да се оствари против њеног издаваоца. Према томе, поверење трећих лица у погледу традиционог дејства хартија од вредности се темељи на постојању државине на роби од стране издаваоца хартије, а не на постојању посредне државине у корист преносиоца.[52] Под условом да издавалац има било коју врсту државине на конкретној роби, пренос хартије од вредности ће производити дејства предаје робе стицаоцу, без обзира на то да ли он тиме заиста постаје посредни држалац робе.[53] У супротном, када издавалац уопште не стекне или изгуби државину на роби, престаје да постоји основ за заштиту поверења трећих лица, те пренос хартије од вредности неће имати традиционо дејство.[54] Описано објашњење

48 C. W. Canaris, 86 и 110.

49 Harry Westermann, *Sachenrecht: ein Lehrbuch*, fortgef. von Harm Peter We stermann, Karl Heinz Gursky, Dieter Eickmann, C. F. Müller Verlag, Hüthig GmbH, Hei delberg 1998[7], 387 и 388; упор. C. W. Canaris, 113; вид. H. J. Wieling, 355, према коме се преносом хартије од вредности симболично преноси непосредна државина на роби.

50 C. W. Canaris, 89 и 86; U. Meyer Cording, 85.

51 H. J. Wieling, 354; C. W. Canaris, 86 и 113; U. Meyer Cording, 85. Тиме престаје и традиционо својство хартије од вредности. Вид. S. Williston, 711.

52 H. Brox, 364; Werner Ruß у: Peter Glanegger *et al.*, *Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch: Handelsrecht Bilanzrecht Steuerrecht*, C. F. Müller, Verlags gruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, Heidelberg München 2007[7], 1015.

53 H. Westermann, 388; H. J. Wieling, 354; H. Brox, 364; C. W. Canaris, 86; J. G. Helm, 379; I. Koller, C 85.

54 C. W. Canaris, 113; упор. J. G. Helm, 379; S. Williston, 727.

традиционог дејства третира предају робе путем преноса ове врсте хартије од вредности као специфичан, додатни начин стицања стварних права на роби, који постоји уз остале начине извршења предаје из општег стварног права.[55]

6. ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА НАСТУПАЊЕ ТРАДИЦИОНОГ ДЕЈСТВА

Да би помоћу традиционе хартије од вредности могла да се изврши предаја робе, треба да буде испуњено неколико основних претпоставки. Први услов за наступање традиционог дејства се састоји у постојању пуноважно издате традиционе хартије од вредности, у смислу изложене дефиниције овог појма.[56] Ова хартија од вредности мора да садржи правни захтев у погледу конкретне, индивидуално одређене робе.[57] У супротном, када се хартија односи на одређену количину замењиве робе, њен пренос не може да оствари традиционо дејство, будући да предаја робе као начин стицања стварних права нужно претпоставља индивидуалну одређеност предмета стицања.

Следећи услов за наступање традиционог дејства се тиче државине на роби од стране издаваоца хартије. У том смислу треба разликовати питање државине издаваоца: а) у моменту издавања хартије, и б) у моменту преноса хартије.

а) Државина издаваоца у моменту издавања хартије. У немачкој правној теорији је неспорно да издавалац мора да има државину на роби у тренутку издавања хартије.[58] То значи да он треба прво да преузме конкретну робу, па да изда хартију којом потврђује њен пријем и преузима обавезу њене предаје законитом имаоцу хартије.[59] У случају да издавалац изда хартију иако у том тренутку нема државину на роби која је у њој наведена, сматра се да хартија не може да оствари традиционо дејство.[60] Она ће и даље постојати као хартија од вредности, али њен пренос неће имати значај за предају робе, па ће стицалац хартије као нови законити ималац једино моћи да реализује захтев за накнаду штете против издаваоца.[61] Насупрот томе, у англосаксонској правној теорији ће хартија од вредности имати традиционо дејство и ако издавалац у моменту издавања није имао

55 C. W. Canaris, 114.

56 I. Koller, C 85.

57 S. Williston, 711 и 758.

58 H. Brox, 363; упор. H. J. Wieling, 353.

59 I. Koller, C 85.

60 H. Brox, 363.

61 W. F. Willier, 116; S. Williston, 715.

државину на роби, под условом да је државину стекао накнадно.[62] При том се традиционо дејство у овој ситуацији прихвата само ако издавалац приликом накнадног преузимања робе има вољу да ту конкретну робу држи на основу односа у вези са којим је издата хартија од вредности.[63] Чини се да је ово схватање примереније у поређењу са строгим захтевима немачке правне догматике.

б) Државина издаваоца у моменту преноса хартије. Да ли је постојање државине издаваоца на роби у тренутку преноса хартије од вредности неопходан услов да би такав пренос имао правна дејства предаје робе зависи од прихваћеног теоријског објашњења традиционог дејства.[64] Отуда, заступници апсолутне теорије сматрају да државина издаваоца у моменту преноса хартије није потребна да би наступило традиционо дејство,[65] заступници релативне теорије и теорије репрезентације сматрају да је неопходна државина издаваоца за туђ рачун (у корист законитог имаоца хартије),[66] док је према модификованој релативној теорији, такође, нужна државина издаваоца на роби, али је довољна било која врста државине (непосредна или посредна, за сопствени или за туђ рачун).[67] Имајући у виду горенаведене аргументе *pro et contra* приказаних теоријских објашњења, треба прихватити становиште према коме је за традиционо дејство нужно постојање било које врсте државине издаваоца у моменту преноса хартије, будући да губитком ове државине инкорпорисани захтев престаје, чиме хартија губи своју основну вредност.[68]

Поставља се питање да ли је постојање државине законитог имаоца (преносиоца) на роби у тренутку преноса хартије нужан услов за наступање традиционог дејства. Одговор на ово питање, такође, зависи од прихваћеног теоријског објашњења проблематике традиционих хартија од вредности. Са једне стране, присталице апсолутне теорије сматрају да ће пренос хартије од вредности остварити дејства предаје робе без обзира на то да ли је преносилац имао посредну државину на роби. Са друге стране, заступници релативне теорије и теорије репрезентације не допуштају могућност наступања традиционог дејства ако преносилац нема посредну државину на роби којом располаже. Коначно, заговорници модификоване релативне теорије истичу да је постојање посредне државине преносиоца на роби ирелевантно за традиционо дејство преноса хартије, будући да

62 W. F. Willier, 132 133; S. Williston, 712.

63 S. Williston, 712.

64 H. Brox, 363.

65 H. Brox, 363.

66 P. Bülow, 145.

67 C. W. Canaris, 89 и 86; I. Koller, C 85.

68 S. Williston, 711.

се оно темељи на државини издаваоца и постојању правног захтева за предају одређене робе против њега. Чини се да последње схватање најбоље одговара потреби заштите правног промета и савесних трећих лица, као потенцијалних стицалаца стварних права на роби.

Најзад, да би пренос традиционе хартије од вредности симболизовао предају означене робе, неопходно је да се изврши пуноважан пренос ове хартије са преносиоца, као претходног законитог имаоца, на стицаоца, као новог законитог имаоца.[69] При том, пуноважан пренос хартије треба обавити сагласно правилима која важе за ту врсту хартије према начину одређења законитог имаоца.[70] У том смислу, пренос традиционе хартије од вредности може да буде извршен цесијом (код хартија на име и по наредби), индосаментом (код хартија по наредби) или предајом (код хартија на доносиоца и бланко индосираних хартија по наредби).

У случају да било која од наведених претпоставки није испуњена, пренос хартије од вредности не може да оствари традиционо дејство. Међутим, то не значи да исправа издата поводом односа чувања одређене робе тиме губи својство хартије од вредности. Напротив, она и поред тога инкорпорише одговарајуће правне захтеве према издаваоцу, али њен пренос неће остварити ефекат предаје означене робе.[71]

7. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ТРАДИЦИОНОГ СВОЈСТВА У ПОГЛЕДУ РАСПОЛАГАЊА СТВАРНИМ ПРАВИМА НА РОБИ

Традиционо својство хартија од вредности је правно релевантно једино за располагање стварним правима на роби, а не и за евентуална друга правна питања код којих се захтева предаја робе као услов за наступање одговарајућих правних дејстава.[72] Основна последица традиционог својства се огледа у томе да пренос хартије од вредности остварује исто дејство као да је извршена предаја саме робе (тзв. позитиван аспект традиционог својства).[73] Из тога произлази да правне последице располагања робом које не би могле да се постигну предајом саме робе, не могу да се остваре ни преносом традиционе хартије од вредности (тзв. негативни аспект традиционог својства).[74] Традиционо дејство не може да обезбеди стицаоцу хартије

[69] C. W. Canaris, 114; I. Koller, C 85; S. Williston, 741.

[70] H. J. Wieling, 354; K. Michaelis, 11.

[71] W. E. Britton, 672.

[72] H. J. Wieling, 353.

[73] C. W. Canaris, 115; S. Williston, 731; о преносу традиционе хартије од вред ности као симболичној предаји робе вид. R. Schaffer, F. Agusti, B. Earle, 164.

[74] C. W. Canaris, 115 и 87; H. A. Giermann, 13.

од вредности бољи правни положај од оног који би омогућила директна предаја робе.[75] Примера ради, ако преносилац предајом робе не би могао да пренесе право својине на стицаоца, онда то неће моћи да учини ни преносом традиционе хартије од вредности. Захваљујући томе, не постоји строги паралелизам између стицања стварних права на роби и стицања традиционе хартије од вредности, јер стварна права на роби не следе увек својину на хартији.[76]

За пренос (деривативно стицање) стварних права на роби је начелно неопходно да буду испуњени следећи услови: 1. овлашћење преносиоца за располагање; 2. правни основ (*iustus titulus*); и 3. предаја стицаоцу као начин стицања (*modus acquirendi*).[77] Преносом традиционе хартије од вредности се испуњава само трећи од наведених услова, будући да пуноважан пренос хартије једино симболизује предају робе.[78] Отуда је за стицање стварних права на роби, поред тога, потребно да преносилац има одговарајуће овлашћење за располагање, као и да то чини са одговарајућим правним основом.[79]

У одређеним случајевима, правни систем допушта оригинерно стицање стварних права на роби и када преносилац није овлашћен за располагање. Реч је о правилима о стицању од невласника, која се примењују и на располагање робом путем преноса традиционих хартија од вредности. С обзиром на то да је предаја робе, такође, један од услова за примену института стицања од невласника, она у случају традиционе хартије од вредности може да буде замењена преносом те хартије са претходног на новог законитог имаоца. Под претпоставком да су уз то испуњени и остали услови за оригинерно стицање стварних права на роби, традициона хартија ће омогућити располагање робом и невласнику, на исти начин како би му то омогућавала и директна предаја робе.[80]

У погледу располагања робом преносом традиционе хартије од вредности могу да се појаве различити проблеми који проистичу из раздвојености непосредне државине на роби и овлашћења за располагање, са једне стране, и из двоструке могућности извршења предаје робе путем преноса државине на роби и путем преноса традиционе хартије, са друге.[81] На овом месту ће бити издвојена

[75] H. Brox, 364.

[76] H. J. Wieling, 355; C. W. Canaris, 87.

[77] Упор. U. Meyer Cording, 83.

[78] H. Brox, 363; W. Ruß у: P. Glanegger, *et al.*, 1015; U. Meyer Cording, 83.

[79] Упор. H. J. Wieling, 354; P. Bülow, 144; S. Williston, 703.

[80] „Онај ко преда робу на чување и добије традициону хартију од вредности тиме не може да стекне јаче право да угаси туђе власништво, од оног које би имао да је поступао непосредно са робом", W. E. Britton, 670.

[81] Због могућности одвојеног располагања робом и традиционом хартијом од вредности овде постоји проблем сукоба власничких права на роби. Вид. W. F. Willier, 117.

два основна проблема, чији начин решавања треба да послужи као пример анализе правних последица коришћења традиционих хартија од вредности за располагање робом.

7.1. Двоструко располагање робом од стране имаоца традиционе хартије

С обзиром на то да ималац традиционе хартије од вредности често има и стварну, фактичку власт над робом, у смислу посредне државине за сопствени рачун, могуће је да он двоструко располаже робом: путем преноса традиционе хартије и путем преноса државине на роби. При том, пренос државине на роби може да се оствари тако да стицалац стекне: а) непосредну државину на роби за сопствени рачун, или б) посредну државину на роби за сопствени рачун.

а) У првом случају, преносилац ће као посредни држалац наложити непосредном државаоцу за туђ рачун да преда робу, односно пренесе непосредну државину стицаоцу. Ако преносилац уз то располаже робом и путем преноса традиционе хартије од вредности, проблем стицања стварних права на роби ће се решавати различито у зависности од тога који је од ових преноса извршен раније (у складу са максимом *prior tempore potior iure*).

Када пренос непосредне државине на роби у корист трећег лица претходи преносу традиционе хартије од вредности, треће лице као нови непосредни држалац робе за сопствени рачун ће стећи стварно право на роби под условом да је постојао правни основ и да је преносилац био овлашћен за располагање, односно под условом да су испуњене претпоставке за стицање од невласника. Насупрот томе, стицалац традиционе хартије од вредности неће моћи да стекне никаква стварна права на роби, јер је у тренутку преноса ове хартије издавалац већ изгубио државину на роби, због чега је и сама хартија изгубила традиционо својство.[82] Другим речима, пренос традиционе хартије под таквим околностима неће производити дејства предаје робе у смислу располагања стварним правима на роби.

За разлику од претходно описане ситуације, када пренос традиционе хартије од вредности претходи преносу непосредне државине на роби, стицалац традиционе хартије ће испрва стећи стварно право на роби под условом да су у тренутку преноса биле испуњене претпоставке за наступање традиционог дејства, као и претпоставке за деривативно, односно оригинерно стицање стварног права. Међутим, накнадним располагањем робе и њеном предајом у непосредну државину трећем лицу, стицалац традиционе хартије

[82] S. Williston, 728.

може да изгуби стечено стварно право, само ако савесно треће лице оригинерно стекне то стварно право на основу правила о стицању од невласника. Наравно да у том случају нови законити ималац хартије од вредности може да оствари накнаду штете од издаваоца хартије, јер је он противно својим обавезама из хартије предао робу трећем лицу које није било легитимисано да је прими.[83]

б) У случају да ималац традиционе хартије од вредности жели да располаже робом мимо преноса хартије путем преноса посредне државине на роби у корист трећег лица, поставља се питање какве су стварноправне последице таквог поступања. Према општим правилима, пренос посредне државине се остварује помоћу уступања правног захтева за предају робе, који преносилац има против непосредног државаоца робе. Међутим, у условима постојања традиционе хартије од вредности такав правни захтев је инкорпорисан у хартију, те може да се остварује против издаваоца као непосредног државаоца робе само на основу презентације хартије, којом се доказује легитимисаност за пријем робе. Према томе, посредна државина на роби поводом које је издата традициона хартија од вредности не може да се пренесе независно од преноса хартије,[84] јер је правни захтев на коме се темељи посредна државина инкорпорисан у хартију и без ње не постоји нити може да се остварује.[85] У том смислу се каже да традициона хартија од вредности има блокирајуће дејство у односу на располагање робом путем преноса посредне државине без истовременог преноса хартије.[86]

7.2. Неовлашћено располагање робом од стране издаваоца традиционе хартије

Имајући у виду да издавалац традиционе хартије од вредности има државину на роби, могуће је да он располаже робом и изврши њену предају у корист трећег лица, иако на то није овлашћен. Овде, такође, треба разликовати ситуације у којима треће лице стиче: а) непосредну државину на роби за сопствени рачун, и б) посредну државину на роби за сопствени рачун.

а) Када издавалац хартије неовлашћено располаже и преда робу трећем лицу путем преноса непосредне државине за сопствени рачун, треће лице може да стекне стварна права на роби једино на основу

[83] W. E. Britton, 666; S. Williston, 729 и 731; R. Schaffer, F. Agusti, B. Earle, 167.

[84] H. Westermann, 399; H. J. Wieling, 354; C. W. Canaris, 103; J. G. Helm, 380; F. Gehrke, 103.

[85] H. Brox, 364.

[86] C. W. Canaris, 103.

правила о стицању од невласника. Примена тих правила је независна од постојања и евентуалног момента преноса традиционе хартије од вредности, која је издата поводом те конкретне робе. При том, ако је предаја робе у непосредну државину трећем лицу извршена пре преноса традиционе хартије од вредности, ова хартија више неће имати традиционо својство, јер је издавалац хартије изгубио државину на роби.[87] Стога, накнадни пренос хартије од вредности неће остварити дејство предаје робе. Са друге стране, ако је традициона хартија од вредности пренета на стицаоца пре неовлашћеног располагања и предаје робе трећем лицу од стране издаваоца, сматраће се да је стицаоцу хартије предата роба, а он ће на основу тога можда и стећи стварно право на роби. Ипак, тако стечено стварно право ће престати да постоји, ако савесно треће лице, које је од издаваоца преузело непосредну државину на роби, испуњава услове за заштиту путем правила о стицању од невласника.

б) Посебан проблем се појављује у ситуацији када издавалац традиционе хартије неовлашћено располаже робом и преда је трећем лицу путем успостављања посредне државине у његову корист. Реч је о институту *constitutum possessorium* као врсти фиктивне предаје.[88] Овде издавалац традиционе хартије остаје непосредни држалац робе за туђ рачун, али се његова државинска воља мења утолико што убудуће не држи робу за рачун законитог имаоца хартије, већ за рачун трећег лица према коме је извршио неовлашћено располагање. На основу тога, треће лице стиче, а ималац традиционе хартије губи посредну државину на роби. У таквој ситуацији, ако се прихвати модификована релативна теорија, традициона хартија од вредности задржава традиционо својство, јер издавалац не губи државину на роби.[89] Отуда ће нови законити ималац хартије моћи да стекне стварно право на роби, под претпоставком да су (осим предаје) испуњени и сви остали услови за деривативно, односно оригинерно стицање стварних права.[90] На овај начин, модификована релативна теорија адекватно штити савесне стицаоце традиционе хартије од вредности који се поуздају у привид да стицање хартије омогућава успостављање њихове контроле на тој роби, ако издавалац има државину на роби.

---

87 Супротно вид. R. Schaffer, F. Agusti, B. Earle, 167.

88 Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Номос, Београд 1996[9], 68.

89 Упор. S. Williston, 728.

90 Упор. C. W. Canaris, 92 и 93.

8. ТРАДИЦИОНО СВОЈСТВО У СРПСКОЈ ПРАВНОЈ ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ

У праву Србије традиционом својству тзв. стварноправних хартија од вредности није посвећена нарочита пажња како у теорији, тако ни у пракси. Штавише, домаћи аутори ни не препознају проблематику традиционих хартија од вредности, због чега влада опште неразумевање њиховог појма, карактеристика, услова и последица примене. Степен незнања у овој области довољно илуструје чињеница да поједини аутори ову врсту хартија од вредности називају „традиционалне“,[91] што очигледно показује несхватање њихове основне функције да омогуће предају (*traditio*) робе која је на њима означена. Осим тога, један део српске правне теорије третира традиционо својство као општу карактеристику свих хартија од вредности, према којој пренос хартије истовремено означава симболичан пренос права из хартије.[92] Међутим, наведена последица преноса хартија од вредности проистиче из начела инкорпорације правног захтева против издаваоца у хартију, а не из традиционог својства у смислу упоредноправне терминологије.

Са друге стране, многи домаћи аутори сматрају да традиционе хартије од вредности инкорпоришу право својине, односно залоге, те да се њиховим преносом врши симболичан пренос тако схваћеног права из хартије.[93] Насупрот томе, већ је показано да према природи односа на којима се заснива издавање традиционе хартије, она не може да садржи стварно право, због чега је и не треба квалификовати као стварноправну, већ као облигационоправну хартију чији пренос може да произведе стварноправна дејства. Коначно, у српској правној теорији има и заступника схватања да традиционо својство хартије од вредности омогућава пренос тих хартија простом предајом,[94] што је већ критиковано као погрешно тумачење, будући да се предаја у смислу традиционог својства односи на предају робе, а не на предају хартије.

За разлику од описаних тумачења, постоје аутори који исправно схватају да традиционе хартије од вредности омогућавају извршење симболичне предаје робе, али погрешно верују да је за такво дејство довољна проста предаја хартије, уместо њен пуноважан пренос

---

[91] Б. Павићевић, М. Мићовић, 99; „традиционално“ дејство превозних исправа које имају својство хартија од вредности се помиње и код: Славко Царић, Миодраг Трајковић, „О преображају товарног листа и коносмана комбинованог транспорта у хартије од вредности“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 2/1977, 34.

[92] М. Васиљевић, 444.

[93] И. Јанковец, 736 и 740; М. Васиљевић, 444 и 449; Б. Павићевић, М. Мићовић, 11, 99 и 102; С. Аранђеловић, 16.

[94] Б. Павићевић, М. Мићовић, 11.

на новог законитог имаоца.[95] Поред тога, у релевантној домаћој литератури се може пронаћи и став да традиционе хартије од вредности симболизују (представљају) робу која је на њима означена,[96] што у великој мери подсећа на заступање, у упоредном праву владајуће, теорије репрезентације. Ипак, теорија репрезентације није свесно прихваћена као теоријско објашњење традиционог дејства, као што ни било који други правни проблем у вези са традиционим хартијама од вредности није ни препознат, а камоли детаљније анализиран. Из свега наведеног се закључује да српска правна теорија до сада није посвећивала одговарајућу пажњу проблематици традиционог својства, због чега се изложени ставови домаћих аутора заснивају на узгредним коментарима, без озбиљнијег правно-догматског упоришта.

Неразвијеност правне теорије је праћена неадекватном правном регулативом у овој области. Традиционо дејство је изричито уређено Законом о основама својинскоправних односа, према коме предаја покретне ствари као начин располагања стварним правима може да се изврши и „*предајом* исправе на основу које стицалац може располагати том ствари“.[97] Исправе на основу којих стицалац може располагати одређеном ствари би пре свега требало да обухватају традиционе хартије од вредности (на пример, коносман, товарни лист, робни запис, складишницу). Нажалост, законодавац није дефинисао када ће се сматрати да нека исправа омогућава располагање робом, тако да је питање појма и претпоставки за постојање традиционих хартија од вредности остало отворено. Уз то, законодавац није сасвим прецизан када традиционо дејство заснива на предаји хартије, будући да је овде у ствари неопходан њен пуноважан пренос (цесијом, индосаментом или предајом), како би стицалац постао нови законити ималац.

Од конкретних врста хартија од вредности традиционо својство је изричито прописано само код складишнице. Према Закону о облигационим односима ималац складишнице „може располагати робом означеном у складишници преношењем складишнице“.[98] Када се ова одредба доведе у везу са одредбом из Закона о основама својинскоправних односа, долази се до закључка да пренос складишнице има традиционо дејство у смислу симболичне предаје

---

95 С. Царић, 182; О. Станковић, М. Орлић, 68.

96 С. Царић, 181; Б. Павићевић, М. Мићовић, 106.

97 Закон о основама својинскоправних односа ЗОСПО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник РС*, бр. 115/2005, чл. 34, ст. 2.

98 Закон о облигационим односима ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003, чл. 743, ст. 2.

робе. Међутим, традиционо својство складишнице није детаљније разрађено, тако да је неизвесно да ли оно претпоставља државину складиштара на роби или посредну државину преносиоца хартије на роби. У том погледу је релевантно опредељење за неко од теоријских објашњења традиционог својства.

Веза између хартије од вредности и својине на роби, као наговештај традиционог својства, је прописана и код робног записа. Робни запис је хартија од вредности коју јавно складиште издаје оставодавцу по основу ускладиштења пољопривредног производа, а којом се обавезује да чува ускладиштен пољопривредни производ и да га преда законитом имаоцу хартије.[99] Према Закону о јавним складиштима за пољопривредне производе робни запис „*доказује власништво* над назначеном количином и квалитетом ускладиштеног пољопривредног производа“. Осим ове одредбе, закон не прописује да робни запис омогућава располагање означеном робом, нити на други начин изричито успоставља његово традиционо својство. Чак и када би се својство „доказа власништва“ схватило тако да робни запис обезбеђује публицитет (јавност), у смислу спољне манифестације власништва, што је функција аналогна државини као фактичкој власти на ствари, поменуто правило ипак остаје недоречено. Наиме, није јасно да ли је робни запис доказ власништва независно од стварних државинских односа у вези са пољопривредним производом, дакле, без обзира на постојање државине јавног складишта и/или имаоца робног записа на предмету ускладиштења. Отуда, тумачење законске одредбе тако да робни запис ствара оборив доказ власништва, попут државине на роби, оставља отвореним питање под којим условима овој хартији од вредности треба признати традиционо својство. При том, наведени проблем не би могао да се реши ни аналогном применом правила која уређују складишницу као сродну хартију од вредности, с обзиром на то да ни та правила не пружају потребно разјашњење.

Насупрот складишници и робном запису, код превозних исправа попут коносмана и товарног листа традиционо својство није прописано ни изричито, ни прећутно. С обзиром на то да су ове хартије од вредности сродне складишници и робном запису, утолико што инкорпоришу правни захтев за предају робе против издаваоца хартије, те спадају у групу тзв. традиционих хартија од вредности, постоје снажни аргументи у прилог аналогној примени правила о традиционом својству складишнице и на ове хартије. У случају да се прихвати аналогија, пренос коносмана и товарног листа би, такође, симболизовао предају означене робе, иако би и овде остало нејасно под којим претпоставкама такво дејство треба да наступи (на пример, под условом да је преносилац посредни држалац робе или под условом да је издавалац хартије држалац робе).

[99] Закон о јавним складиштима за пољопривредне производе, *Службени гласник РС*, бр. 41/2009, чл. 3, ст. 1, тач. 4.

Већ је речено да све наведене хартије од вредности инкорпоришу правни захтев за предају (повраћај) одређене робе, који законити ималац може да остварује против издаваоца.[100] Имајући у виду да је у српском праву начелно допуштена фиктивна предаја робе путем уступања захтева за повраћај одређене ствари (*cessio vindicationis*),[101] пренос ових хартија од вредности ће према општим стварноправним правилима имати дејства предаје робе увек када уступање инкорпорисаног правног захтева омогућава пренос посредне државине на роби. На тај начин би, применом релативне теорије, традиционо својство могло да се тумачи и као декларативна карактеристика свих хартија од вредности, које на основу инкорпорисаног захтева за повраћај робе свом законитом имаоцу обезбеђују посредну државину на означеној роби. Тиме би се, без обзира на прихватање аналогије са правилима о складишници, омогућило традиционо дејство и оним хартијама од вредности, код којих то није изричито прописано.

Међутим, чини се да у српском праву проблематику традиционих хартија од вредности не треба решавати ослањањем на релативну теорију. Разлог се огледа у чињеници да су у Закону о основама својинскоправних односа традиционо дејство хартија од вредности и *cessio vindicationis* свесно и намерно уређени као два посебна, различита начина стицања стварних права. Према томе, док се уступање правног захтева за повраћај робе третира као врста фиктивне предаје, пренос исправе којом се може располагати робом спада у посебну врсту тзв. симобличне предаје.[102] Из свега наведеног произлази да традиционо дејство хартија од вредности треба тумачити као самосталан начин извршења предаје робе. Овај начин предаје треба по аналогији са складишницом прихватити за све хартије од вредности које инкорпоришу захтев за предају (повраћај) одређене ствари која је издаваоцу поверена на чување, под условом да издавалац има обавезу да ту ствар преда искључиво законитом имаоцу хартије.

9. ЗАКЉУЧАК

Традиционо својство је значајна карактеристика појединих хартија од вредности, која омогућава извршење симболичне предаје робе док се она налази код превозиоца или складиштара и тиме олакшава трговину и обезбеђење трговачких послова. Иако блиско институту *cessio vindicationis*, код кога се предаја извршава путем уступања захтева за повраћај робе, чиме се преноси посредна

[100] ЗОО, чл. 743, ст. 1.

[101] ЗОСПО, чл. 34, ст. 5; О. Станковић, М. Орлић, 69.

[102] О. Станковић, М. Орлић, 68 69.

државина на стицаоца, традиционо својство је ипак самосталан, додатни начин стицања стварних права на покретним стварима. Оно је карактеристично за све хартије од вредности које садрже правни захтев за предају (повраћај) одређене ствари коју је издавалац хартије преузео на чување уз обавезу да је преда (врати) законитом имаоцу хартије. Отуда, традиционо својство треба признати свим таквим, истоврсним хартијама од вредности. С обзиром на то да у праву Србије код многих традиционих хартија од вредности ово својство није изричито прописано, судска пракса би требало да прошири његову примену користећи аналогију са одговарајућим правилима о складишници.

У погледу претпоставки за наступање традиционог дејства данас је у упоредном праву најшире прихваћена теорија репрезентације, према којој традиционе хартије од вредности симболизују робу. Отуда се према овој теорији пренос традиционе хартије од вредности у правним дејствима изједначава са физичком предајом робе (у смислу преноса непосредне државине), а у правној теорији се означава као симболична предаја. Основни услов за наступање описаног дејства симболичне предаје робе се састоји у томе да у моменту преноса хартије у стварности мора да постоји посредна државина законитог имаоца хартије на роби. Ипак, имајући у виду потребу заштите правног привида који издавалац ствара издавањем традиционе хартије од вредности, постоје снажни аргументи у прилог прихватања тзв. модификоване релативне теорије, према којој се традиционо дејство заснива на државини робе од стране издаваоца, а не на посредној државини од стране законитог имаоца хартије. На тај начин би традиционе хартије од вредности постале још значајније за располагање робом, будући да би из угла нових законитих ималаца створиле додатну сигурност стицања стварних права на роби.

Mirjana Radović, MA, LLM (Humboldt)

Assistant Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

DELIVERY OF GOODS THROUGH DOCUMENTS OF TITLE

Summary

This paper studies the possibility to deliver goods by transferring documents of title that refer to those goods. The first part of the article analyses whether documents of title (such as bill of lading, warehouse re-

ceipt) can be categorized as negotiable instruments that embody personal property rights, since this is how they are being treated in the Serbian legal science. In this respect the author concludes that documents of title actually embody personal rights against the issuer, although their transfer can lead to disposition of personal property rights regarding goods thereby represented. The second part of the article deals with the notion and main characteristics of documents of title. The following part of the article contains detailed analysis of the theories regarding the basis for delivery-of-goods effect of transferring documents of title: 1. relative theory, 2. absolute theory, 3. theory of representation, and 4. modified relative theory. In addition to that, the author explains the basic conditions that have to be met in order for the transfer of document of title to have the effect of delivery of goods. Finally, the last part of the article researches legal consequences that delivery of goods through documents of title has on disposition of personal property rights with regard to goods. On the basis of research results the author gives a critical analysis of the Serbian legal theory and practice in the field of documents of title.

Key words: *Delivery-of-Goods Effect. – Documents of Title. – Possession. – Acquisition of Property Rights. – Disposition of Goods.*

УДК 336.226.112.2(4-672EU) ; 338.23:336.2(4-672EU)

Мр Даница Тасић[*]

ОПОРЕЗИВАЊЕ ДОХОТКА ОД ИНВЕСТИЦИЈА У ДРЖАВАМА-ЧЛАНИЦАМА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Порески прописи држава чланица Европске уније (ЕУ) хармонизовани су углавном кроз доношење директива у домену посредних пореза. Непосредни порези спадају у надлежност држава чланица, осим неколико области уређених европским директивама (исплата међукомпанијских дивиденди, камата и ауторских накнада и статусне промене привредних друштава). Процес хармонизације непосредних пореза у ЕУ заснива се на четири слободе (слобода кретања људи, добара, услуга и капитала) принципу недискриминације и праву на оснивање, при чему слободно кретање капитала има највећу улогу јер се примењује на резиденте ЕУ и инвеститора нерезидента ЕУ. Усредсређујући се на опорезивање дохотка од инвестиција (дивиденде, камате и ауторске накнаде и капитални добици) аутор наглашава значај директива за избегавање двоструког опорезивања на заједничком тржишту. Директиве се не примењују на нерезиденте ЕУ, тако да аутор анализира одредбе директива у циљу дефинисања могућих предности које нерезидент евентуално може остварити у складу са њима обављајући делатност на територији ЕУ. Аутор закључује да најефикасније средство за заштиту иностраног инвеститора од дискриминације коју спроводе националне пореске власти представља чл. 63 Уговора о функционисању Европске уније.

Кључне речи: *Непосредно опорезивање. Слободно кретање капитала. Дивиденде. Камате и ауторске накнаде. Нерезидент ЕУ.*

1. НЕПОСРЕДНО ОПОРЕЗИВАЊЕ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Порески системи држава-чланица Европске уније (ЕУ) хармонизовани су у великој мери кроз доношење директива у домену посредних пореза (пореза на додату вредност и акциза). Може се рећи

[*] Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *danica@ius.bg.ac.rs*.

да је скоро свака тема код пореза на додату вредност уређена директивама Савета ЕУ,[1] а простор у којем државе могу предузимати пореске мере знатно сужен, тако да државама-чланицама не преостаје друго до имплементације решења Савета ЕУ садржаним у европским директивама. Када су у питању непосредни порези ситуација је другачија: обликовање пореза на добит правних лица и пореза на доходак грађана, двају пореских облика који у највећој мери утичу на предузетничке одлуке и конкурентност европске привреде, и даље је претежно у надлежности сваке чланице. Европским директивама су хармонизоване неке области непосредног опорезивања, и то: проблем расподеле дивиденде од стране филијале матичном друштву уређен је Директивом Европске заједнице о пореском третману дивиденди које зависно друштво – резидент једне државе-чланице исплаћује матичном друштву – резиденту друге државе-чланице (*Council Directive 90/435/EEC on the Common System of Taxation Applicable in the Case of Parent Companies and Subsidiaries of Different Member States* – скраћено: *Parent – Subsidiary Directive*); прекогранична спајања привредних друштава уређена су Директивом о пореском третману статусних промена (*Council Directive 90/434/EEC on the Common System of Taxation Applicable to Mergers, Divisions, Transfer of Assets and Exchanges of Shares Concerning Companies of Different Member States* – скраћено: *Merger Directive*); и исплате камата и ауторских накнада између повезаних привредних друштава уређених Директивом о заједничком систему опорезивања камата и ауторских накнада између повезаних привредних друштава различитих држава-чланица (*Council Directive 2003/49/EC on a Common System of Taxation Applicable to Interest and Royalty Payments made between associated companies of different Member States* – скраћено: *Interest and Royalty Directive)*.

Непотпуна хармонизација непосредних пореза и коегзистирање 27 различитих система опорезивања добити правних лица и дохотка грађана, одређени су чињеницом да „Уговор о функционисању Европске уније не предвиђа усклађивање непосредних пореских облика, тако да доношење пореских прописа остаје у надлежности држава-чланица“.[2] Европски суд правде (*European Court of Justice*, у даљем тексту: *ECJ*) кроз праксу, такође, непрестано понавља да

[1] Директива Савета 2010/45/ЕУ допуњује Директиву Савета 2006/112 ЕЗ о заједничком систему пореза на додату вредност (*Council Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax*) која је заменила тзв. Шесту Директиву, донету 1977. године, када је покренут поступак хармонизације ПДВ а у Унији.

[2] Ступањем на снагу Лисабонског уговора 1.12.2009. године примарне изво ре права ЕУ чине *Treaty on European Union (TEU)* и *Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)* који су објављени у „*Official Journal of the European Union*

„непосредни порези спадају у надлежност држава чланица", те да свака чланица код непосредних пореза може утицати на структуру свог пореског система.

Европски суд правде битно је утицао својим пресудама на обликовање националних решења у пореским прописима који регулишу непосредно опорезивање и још увек има значајну улогу у том погледу. Данас се хармонизација непосредних пореза спроводи, углавном, путем тзв. „негативне интерграције", „кроз праксу Европског суда правде који је поништавао она национална решења у пореским законима држава-чланица која су представљала препреке за слободно кретање, људи добара, услуга и капитала",[3] што је оцењено дугорочно неприхватљивим. Иако код обликовања непосредних пореза изостаје интервенција Савета, одредбама Уговора о функционисању ЕУ забрањено је постављање ограничења гарантованим основним слободама, посебно слободном кретању капитала, услуга и добара (*free movement of capital, goods and services*), и слободи обављања пословне делатности (*freedom of establishment*). Отуда, уколико нема непосредне интервенције Савета или она није могућа, као друго најбоље решење предложено је напредно тумачење четири слободе и начела недискриминаторног понашања.

Негативна интеграција се заснива на забрани дискриминаторног понашања и осталих видова ограничења основних слобода и права на оснивање и остварује се путем судског процеса.[4] Дискриминација се јавља у пракси уколико се различита правила примењују на сличне (упоредиве) ситуације или када се исто правило примењује на различите ситуације.[5]

Различити порески режими представљају препреке прекограничном пословању привредних друштава, што повећава број спорова пред Европским судом правде[6] које могу да покрену институције

„ (*O.J.*), од 9.5.2008. године. Вид. *Treaty on the Functioning of the European Union TFEU,* (*O.J.*), C115/2008.

3 Дејан Поповић, „Предстојеће пореске реформе у државама пред уласком у Европску унију: случајеви Хрватске и Србије", *Економија/Economics* 1/2007, 177.

4 Постоји и позитивна интеграција која представља законодавни процес и састоји се од уједначавања закона и стандарда држава чланица ЕУ.

5 Michael Lang, „Double taxation and EC Law", *Comparative Fiscal Federalism. Comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence* (eds. R.S. Avi Yonah, J.R. Hines Jr., M. Lang), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2007, 12.

6 Слобода држава чланица у домену опорезивања привредних друштава ограничена је следећим начелима комунитарног права: (а) домаћи порески закони држава чланица не смеју спроводити дискриминацију на штету физичких или правних лица осталих држава чланица у односу на право на оснивање привредног друштва у земљи домаћину или њихово учешће на тржишту те земље на други на

ЕУ, односно друга држава чланица, а одређено питање може бити прослеђено од стране националног суда који је у спору који разматра наишао на питање за које сматра да је из области европског права и за које му је неопходан став *ECJ*. Могуће је и да порески обвезник пријави одређену државу Комисији, која је онда слободна да одлучи да ли ће ту државу упозорити, односно покренути спор, уколико она не одговори на упозорење према захтевима Комисије. Током претходних година научници и практичари који се баве пореским правом ЕУ, забележили су да је упркос напорима Суда било очигледно да хармонизација овако комплексне области непосредних пореза не може да се оствари искључиво кроз судску праксу, која се ограничава на примену Уговора на појединачне случајеве који се међусобом разликују према посебним околностима. Правна сигурност, посебно код привредних друштава која делују у већем броју држава-чланица, подразумева могућност израчунавања унапред тачног износа пореског дуга, што се не може успоставити одлуком Суда у којем судије из 27 различитих пореских јурисдикција са различитим правним традицијама одлучују о сложеним споровима применом основних начела садржаних у Уговору.

Већина европских пореских система као одлучујуће чињенице за заснивање пореске јурисдикције користи резидентство и извор. Резидентство, као одлучујућа чињеница персоналног карактера доводи до неограничене пореске обавезе, тј. лице које се на основу чињенице резидентства подвргава пореској јурисдикцији у питању ће бити опорезивано у односу на светски доходак, односно светску имовину. Извор, као одлучујућа чињеница економског карактера доводи до ограничене пореске обавезе; опорезује се категорија дохотка остварена на одређеној територији, односно имовина лоцирана на одређеној територији.[7] Европски суд правде прихвата овакав приступ, с тим што подвргавањем неограниченој пореској обавези резидената и ограниченој пореској обавези нерезидената у ЕУ долази до двоструког опорезивања.

До ступања на снагу Уговора о функционисању ЕУ, у ранијем Уговору о оснивању ЕЗ постојао је члан 293, који је експлицитно упућивао државе-чланице на преговоре са циљем решавања питања двоструког опорезивања: „Државе-чланице ће, у мери у којој је неопходно, улазити у међусобне преговоре, са циљем осигурања користи својих држављана ради елиминисања двоструког опорезивања". Док

чин у виду понуде добара и услуга; (б) пореским законима држава чланица не сме бити ограничено уживање слобода из Уговора својих грађана или грађана других држава чланица. Вид. Malcolm Gammie *et al.*, *Achieving a Common Consolidated Corporate Tax Base*, Centre for European Policy Studies, Brussels 2005, 5.

[7] Дејан Поповић, *Пореско право,* Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 212.

скоро свака држава-чланица ЕУ има билатералне уговоре закључене са свим осталим чланицама ЕУ (по правилу, на бази Модел-конвенције ОЕЦД), с тим што постоје врло ретки примери мултилатералних уговора о избегавању двоструког опорезивања (нпр. између држава Нордијског савета), на темељу чл. 293 настала је тзв. Арбитражна конвенција, мултилатерални споразум којим се омогућава отклањање штетних последица међународног економског двоструког опорезивања – економског двоструког опорезивања типа III (када се, због националних правила о кориговању трансферних цена увећа добит повезаног лица у једној држави-чланици, а не умањи добит повезаног предузећа у другој држави-чланици).

Интенција чл. 293 Уговора о ЕЗ није била да се постави правно правило које би имало непосредну примену, већ да се само утврди већи број ствари у којима би „државе чланице требало да уђу у преговоре једна са другом у мери у којој је неопходно". У следећем пасусу (чл. 293) само је указивано на циљ који би требало остварити кроз преговоре, а то је елиминисање двоструког опорезивања унутар Заједнице. Иако је Уговором о ЕЗ елиминисање двоструког опорезивања било укључено у циљеве које би требало остварити, из формулације одредбе чл. 293 јасно је да одредба *eo ipso* није могла појединцима доделити пре националних судова њихових држава чланица било које право на које се би се могли позвати.[8] Европски суд правде настојао је да подвуче разлику између закључења пореских уговора и елиминисања двоструког опорезивања као циља који треба постићи. Тако је Европски суд правде дао шире тумачење чл. 293 („Државе чланице ће, у мери у којој је неопходно, ући у међусобне преговоре са циљем..."), према којем се елиминисање двоструког опорезивања не мора нужно остварити пореским уговорима.[9] Уосталом, одсуство пореских уговора и двоструко опорезивање које се отуда јавља у прекограничној ситуацији унутар Заједнице, не представља повреду чл. 293. Такође, чл. 293 није спречавао Савет ЕУ да предузме мере са циљем елиминисања двоструког опорезивања. *ECJ* је у више наврата поменуо да би државе чланице требало да предузму овакве

[8] Вид. пресуду *ECJ* у случају *Gilly v. Directeur des Services Fiscaux du Bas Rhin*, C 336/96, донету 12. маја 1998, E.C.R. I 2793, I 2840, para. 15 и 16.

[9] Став главне заступнице (*Advocate General*) J. Кокот (J. *Kokott*) пред Европским судом правде у случају C 470/04 утемељен је на овом ширем тумачењу Суда. Наиме, у тачки 91 мишљења главне заступнице наведено је да су државе чланице, у одсуству хармонизације комунитарним правом, слободне да успоставе критеријум за додељивање пореске јурисдикције, било кроз закључивање уговора о избегавању двоструког опорезивања (пореских уговора) или путем унилатералних мера. Вид. *Advocate General (AG) Kokott*, мишљење од 30. марта 2006, поводом пресуде *ECJ* у случају *N. v. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, C 470/04, донете 7. септембра 2006, E.C.R. I 7409.

мере у случају да изостају мере Заједнице.[10] Уосталом, „Директива о матичном и зависном друштву и Директива о пореском третману статусних промена савршени су примери мера које је била предузела Заједница са циљем елиминисања двоструког опорезивања“. Главни заступник (*Advocate General*) Гилхоуд (*Geelhoed*) пред Европским судом правде укратко је изложио став *ECJ* да је друго увлачење чл. 293 у којем ће „државе-чланице, у мери у којој је потребно, уђи у преговоре једна са другом, са циљем осигурања користи својих држављана... елиминисања двоструког опорезивања“ не производи непосредан ефекат. Ова је одредба чл. 293 указивала да је елиминисање двоструког опорезивања унутар Заједнице било наведено само као циљ Уговора без да се конституише било каква апсолутна обавеза држава чланица да остваре тај циљ.[11]

Порески обвезници се у споровима нису могли позивати на чл. 293 ранијег Уговора о оснивању ЕЗ, управо због става *ECJ* да због прешироке формулације не може да производе непосредне ефекте. Такође, одсуство хармонизације код директног опорезивања оставља простор државама чланицама да дефинишу критеријуме на основу којих ће спровести алокацију субјективних пореских права у циљу елиминисања двоструког опорезивања. Док се *ECJ* углавном изјашњава о одговарајућем третману пореских обвезника, не бави се истовремено и користима које може остварити држава од било ког прикупљеног пореза.

Европске директиве које уређују непосредно опорезивање детаљније уређују алокацију субјективног пореског права. Директива о матичном и зависном друштву штити субјективно пореско право земље извора да начин да се земљи извора допушта право да прекограничну добит групе корпорација опорезује порезом на добит правних лица, стварајући истовремено обавезу земљи резидентства да на име пореза плаћеног у земљи извора пружи пореску олакшицу, иако се земљи извора не допушта право на опорезивање дивиденди. Директива о каматама и ауторским накнадама се, попут Директиве о матичном и зависном друштву такође примењује на групе корпорација, измештајући право на опорезивање ауторских накнада од земље извора и препуштајући их опорезивању у земљи резидентства. На крају, Директива о опорезивању прихода од штедње пружа редак пример алокације субјективног пореског права у односу на међудржавна плаћања. У складу са чл. 12 Директиве о опорезивању прихода од штедње, свака држава у којој се током прелазног перио-

[10] Вид. *Advocate General (AG) Kokott* мишљење од 14. јула 2005, поводом пресуде *ECJ* у случају *Margaretha Bouanich v. Skatteverket*, C 265/04, донете 19. јануара 2006, E.C.R. I 00923.

[11] Нав. према M. Lang, 14.

да обрачунава и наплаћује порез по одбитку на приходе од камата уређених одредбама ове директиве је обавезна да трансферише 75% сакупљеног прихода држави примаочевог резидентства. С друге стране, земља примаочевог резидентства у складу са чл. 14 има обавезу да пружи олакшицу у виду иностраног пореског кредита за плаћени порез по одбитку, како би било ублажено међународно двоструко опорезивање. Ова двострука пореска олакшица ствара материјалну обавезу земљи резидентства да вишак изнад износа пореског кредита врати земљи извора.[12]

2. ГАРАНТОВАЊЕ СЛОБОДЕ КРЕТАЊА КАПИТАЛА У ОСНИВАЧКИМ УГОВОРИМА

Хармонизација непосредних пореза у ЕУ заснива се на следећем: четири основне слободе [слобода кретања људи (чл. 45), добара (чл. 28), услуга (чл. 56) и капитала (чл. 63)]), принципу недискриминације (чл. 18), праву пословања (чл. 49) и имплементацији одређених директива у складу са чл. 115 Уговора.[13] Иако се сматра да све четири слободе имају једнак значај за развој заједничког тржишта, слободно кретање капитала чини се има већу улогу у односу на остале три слободе, јер се примењује, поред физичких и правних лица резидената ЕУ, и на инвеститора нерезидента ЕУ.[14]

2.1. Слобода кретања капитала

Слободу кретања капитала уређује чл. 63 Уговора о оснивању Европске заједнице у којем стоји: „1. У складу са одредбама овог одељка, забрањују се сва ограничења кретања капитала како између држава-чланица ЕУ, тако и између држава ЕУ и осталих земаља (у даљем тексту и: треће земље).[15] 2. У складу са одредбама овог

[12] Peter Harris, David B. Oliver, *International Commercial Tax*, Cambridge Univerisity Press, Cambridge   New York 2010, 116 117.

[13] У чл. 115 Уговора наводи се следеће: Савет једногласном одлуком усваја предлог Комисије и након обављених консултација са Европским парламентом и Економским и социјалним комитетом доноси (издаје) директиве за усклађивање за кона, правилника или административних одредаба држава чланица које имају непо средан утицај на стварање или функционисање заједничког тржишта.

[14] О могућностима проширења слободе пружања услуга и на земље изван ЕУ уколико кретање услуга укључује држављане ЕУ, вид. Pasquale Pistone, „The Impact of European Law on the Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxation“, *Intertax* 5/2006, 235.

[15] Вид. *Treaty on the functioning of the European Union*, *O.J.* C115/2008. Актив ности ЕУ подлежу принципу сразмерности, према којем свака радња коју предузима Унија мора да буде нужна да би остварила циљеве предвиђене Уговором.

одељка, забрањују се сва ограничења исплата између држава чланица ЕУ, као и између држава ЕУ и осталих земаља".

Чл. 63 Уговора сматра се најнапреднијом и најдалекосежнијом одредбом у светлу односа са земљама које нису чланице ЕУ, а разлози проширења овог правила могу се потпуније разумети уколико се кретање капитала посматра као инструмент правног чувара евра као валуте.[16] Основне слободе унутар ЕУ имају за циљ стварање унутрашњег тржишта и економске и монетарне уније. Међутим, у односу са трећим земљама ситуација је другачија, будући да је реч о унилатералној либерализацији слободног кретања капитала, код које нема гаранције да ће кореспондентне мере бити предузете од стране трећих земаља према капиталу који улази у ЕУ или излази из ње. Наиме, чл. 63 пружа заштиту инвеститорима из трећих земаља, без захтева за мерама реципроцитета у корист инвеститора из ЕУ.

Забрана ограничења кретања капитала прописана у чл. 63 Уговора производила је непосредан ефекат, почев од либерализације тржишта капитала (прво Директивом 88/361/*EEC*, касније путем Уговора из Мастрихта), до момента када су сва ограничења кретања капитала и исплата, била укинута од 1. јануара 1994. године између држава-чланица и између држава-чланица и трећих земаља. Европски суд правде је у многим случајевима у којима се предмет односио на приход из иностраних извора, одлуке доносио управо применом чл. 63 и то у корист пореских обвезника којима је приход из иностраних извора био исплаћиван: C–35/98 *Verkooijen*, C–334/02 *Commission v. France*, C–315/02 *Lenz*, C/319/02 *Mannien*[17] и C–329/05 *Meindl*.

Забрана ограничења кретања капитала дерогирана је увођењем чл. 65 Уговора из Мастрихта у Уговор о функционисању ЕУ на основу чега државе-чланице могу применити одредбе националног пореског права којима се предвиђа различит порески третман како за резидентна и нерезидентна лица, тако и за приходе из домаћег и иностраног извора [чл. 65 (1) (а)]. Овај изузетак се примењује само на прописе који су важили до 31. децембра 1993. године.[18] Примена националних пореских прописа којима су различито уређени положај резидентних и нерезидентних лица не мора нужно да представља

[16] P. Pistone, 235.

[17] *Ibid*., 236. Овде Pasquale Pistone примећује да је главна заступница J. Ко кот (*J. Kokott*) пред Европским судом правде настојала да у случају *Re Manninen*, С 319/02, заштиту коју имплицира чл. 63 Уговора ограничи на улазне дивиденде. Упор. пара. 79 закључака мишљења заступнице Кокот од 18. марта 2004. године по водом пресуде *ECJ* у случају *Re Manninen*, С 319/02, донете 7. септембра 2004, ECR I 7477. Ова констатација, није међутим конзистентна са рацином на којем се заснива чл. 63 и његовим значајем за стабилност европске валуте у међународним токовима капитала.

[18] Вид. чл. 65(1) (а) *TFEU.*

дискриминатирно понашање нити да конвалидира ограничење слободног кретања капитала и исплата [(чл. 65 (3)]. У пореској литератури се сматра да чл. 65 државама-чланицама није дао већу пореску сувереност у домену кретања капитала од оне коју су имале према правилу расуђивања Европског суда правде и пре увођења одредбе. У надлежности је држава-чланица предузимање мера којима се спречава кршење пореских закона, с тим што порески закони не смеју бити у служби арбитрерне дискриминације или скривеног ограничења слободе кретања капитала и исплата.[19]

Односи држава ЕУ са трећим државама уређени су у чл. 64 Уговора који садржи тзв. застојну клаузулу (*standstill or grandfather clause*), према којој државе-чланице могу имати у националним пореским решењима рестриктивне одредбе уколико су таква ограничења већ постојала до 31. децембра 1993. године и односила се на следеће области: директне инвестиције (укључујући непокретности), обављање делатности путем новооснованог лица, пружање финансијских услуга или упис хартија од вредности на тржишту капитала. Треба имати у виду да у многим случајевима у којима Европски суд правде користи термин ограничење, заправо примењује тест недискриминаторног понашања, усредсређујући се на различите третмане одређених ситуација.[20]

Уколико се сагледа однос између чл. 49, тј. права на пословање, и чл. 63, тј. слободног кретања капитала, може се уочити да *ECJ* примењује чл. 63 у веома ограниченом броју случајева који не укључују његову примену у случајевима у којима је право на обављање пословне делатности угрожено. Многи аутори из тог разлога сматрају да право ЕУ у овом погледу није потпуно кохерентно, јер пружа већу заштиту слободном кретању капитала у односу на право на пословање. На пример, портфолио улагање у привредно друштво потпада под надлежност чл. 63, док се на оснивање огранка или квалификовано учешће (учешће које даје већину гласова) овај члан не може применити, што је од значаја не само за заштиту улагања, већ и због прихода који потичу од таквих улагања, попут дивиденди или капиталних добитака остварених продајом удела у привредном друштву. Такође, уколико улагање има форму лизинга, ужива заштиту уређену правом ЕУ, док резиденти трећих земаља, било да је реч о физичким или правним лицима, не потпадају под право ЕУ.[21]

---

[19] Вид. чл. 65, ст. 3 *TFEU*.

[20] Richard Lyal, „Non discrimination and direct tax in Community Law“, *EC Tax Review* 2/2003, 68 69.

[21] P. Pistone, 237. Како наводи овај аутор, главни заступник пред Европским судом правде *Peter Wattel* један је од оних који заступају став да треба дати подршку критикама изнетим на рачун кохерентности права Европске уније.

Аутори чија мишљења иду у прилог *status quo*, користећи циљно (телеолошко) тумачење, сматрају да постоји асиметрија између права резидената ЕУ и резидената трећих земаља, с обзиром на то да се, у складу са слободним кретањем капитала, гарантује сигурност нерезидентима ЕУ, без гаранције о предузимању реципрочних мера према резидентима ЕУ.

2.2. Право на обављање пословне делатности

Уговор о оснивању Европске заједнице пружа заштиту праву на пословање до мере коју одређују држављани (резиденти) ЕУ, тако да је проблем који се везује за ову слободу комплекснији у односу на слободу кретања капитала. Појам држављанства (резидентства) је код физичких лица једноставно утврдити, док је код правних лица ситуација, пре свега код привредних друштава, потпуно другачија.

Код правних лица резидентство је путем Уговора повезано са трговачким правом сваке државе-чланице у складу са којим је конституисано привредно друштво и у којој се налази регистрована канцеларија, централна администрација (менаџмент) или главно место обављања делатности.[22] Према чл. 54, привредно друштво нерезидент ЕУ не може да ужива основна права зајемчена Уговором, независно од тога да ли поседује сталну пословну јединицу или филијалу унутар ЕУ, као и да ли се местом ефективног пословања може сматрати ЕУ имајући у виду ефекте и циљеве донетих одлука.

Уговором није, међутим, предвиђен случај трансфера главног седишта привредног друштва из треће земље у земљу ЕУ, тако да је пословање страних правних лица уређено, углавном, нормама међународног приватног права и у погледу управљања подвргнуто правилима корпоративног управљања државе порекла.[23] Циљним тумачењем би се могло закључити да је привредно друштво основано у складу са правилима државе-чланице, поштујући начела међународног приватног права. Уколико би ово тумачење било прихваћено, привредно друштво које поседује регистровану канцеларију у ЕУ, а чија је централна администрација или главно место управљања ван ЕУ, могло би да ужива права зајемчена Уговором.

Директивама је предвиђено да се права која се тичу заштите пословања привредних субјеката односе искључиво на привредна друштва основана у складу са правилима трговачког права држава-чланица ЕУ, без проширивања ових одредби на привредна друштва инкорпорисана ван ЕУ, чије је правно седиште трансферисано у ЕУ.

[22] Вид. чл. 54 Уговора о функционисању ЕУ.

[23] Marco Greggi, „European Taxation of Passive Income“, *Journal of the Australasian Tax Teachers Association* 1/2009, 44.

Поставља се питање због чега је право на пословање заштићено само у односу на компаније резиденте ЕУ, док Европски суд правде код случајева у којима се разматра слобода кретања капитала не дозвољава дискриминаторно понашање нити ограничење кретања капитала и доноси пореске одлуке у корист пореских обвезника који остварују приходе из иностраних извора? Да ли је у питању унилатерални поклон ЕУ улагањима извршеним ван њених граница? Многи истакнути теоретичари који се баве овим проблемом, сматрају да овакав третман има за циљ јачање евра као валуте у међународним токовима капитала.

3. ПОРЕСКИ ТРЕТМАН ДИВИДЕНДИ

Пореским уговорима није се у свим ситуацијама могло спречити двоструко опорезивање код међукомпанијских прекограничних исплата дивиденди унутар ЕУ и углавном је било речи о билатералним уговорима, што са становишта захтева заједничког европског тржишта за побољшаном правном сигурношћу није било довољно. Отуда се у литератури истичу два недостатка пореских уговора: недовољан број ситуација уређених уговорима и структурална неадекватност која се односи на њихову суштинску билатералну природу.[24]

Сврха доношења Директиве о матичном и зависном друштву (*Council Directive* 2003/123/EC/ у даљем тексту: Директива Савета 2003/123/ЕЗ/) је укидање двоструког опорезивања профита који филијала резидент одређене државе-чланице исплаћује матичном правном лицу резиденту друге државе-чланице. При томе треба имати у виду да је неопходно да компанија буде резидент државе-чланице ЕУ и према националном законодавству и за потребе уговора о избегавању двоструког опорезивања. Спречавање опорезивања дивиденди по одбитку применом пореза на извору при исплати добити која се расподељује уређено је чл. 5 Директиве Савета 2003/123/ЕЦ и примењује се у највећем броју случајева како у земљи резидентства филијале, тако и у земљи резидентства матичног правног лица.[25] Држава резидентства матичног правног лица може одустати од права да опорезује профит расподељен од стране филијале ма-

[24] Изузеци постоје и као пример се могу навести нордијске земље у којима је спречавање, односно елиминисање двоструког опорезивања уређено мултилатерал ним конвенцијама. Вид. Marjaana Helminen, „Dividend, Interest and Royalties under the Nordic Multilateral Double Taxation Convention“, *IBFD Bulletin* 49/2007.

[25] Вид. чл. 6 Директиве Савета 2003/123/ЕЗ. У Белгији се, међутим, чл. 6 не примењује, будући да је пореским законодавством предвиђен порез по одбитку по стопи од 10% на дивиденде исплаћене из иностраног извора правним лицима рези дентима Белгије.

тичном правном лицу (метода изузимања) или може опорезовати расподељену добит укључивањем у опорезиву добит матичне компаније, дозвољавајући да обрачунати порез земље резидентства буде умањен за износ пореза плаћеног од стране филијале на добит из које су исплаћене дивиденде (метода кредита).[26] Реч је о праву матичног правног лица на индирекни порески кредит и то обичан кредит, тј. највише до износа пореза који би био обрачунат применом пореске стопе земље резидентства на добит остварену у земљи извора.[27]

Питања регулисана одредбама директиве која се односе на улагања од стране инвеститора нерезидента ЕУ (у даљем тексту и: инвеститор из трећих земаља) углавном су усмерена на могућности коришћења загарантованих предности и услова пословања које треба испунити у складу са директивом. Могућности које се пружају овим лицима су ограничене. Директива указује на субјекте који се могу сматрати компанијама-резидентима ЕУ према националном законодавству и за потребе уговора о избегавању двоструког опорезивања и субјекте који су нерезиденти према пореском уговору закљученом између државе-чланице ЕУ и треће државе. Затим правила садржана у директиви (чл. 2) детаљно разматрају случај сталне пословне јединице и то само у ситуацији када преко ње послује предузеће резидент државе чланице ЕУ.[28]

Могућност коју Директива 2003/123/ЕЗ пружа инвеститору нерезидентном пореском обвезнику ЕУ састоји се у оснивању филијале, тачније, субфилијале, посредством правног лица резидента ЕУ у складу са одредбама трговачког права одређене државе-чланице. Правила о опорезивању порезом по одбитку „излазних дивиденди“ (*outbound dividends*), тј. дивиденди које субфилијала резидентни обвезник ЕУ исплаћује нерезидентном матичном привредном друштву садржана у пореском праву одређене државе чланице, одлучујуће утичу на избор државе где ће бити уложена средства.[29] Повољан уговор о избегавању

---

[26] Вид. чл. 4 Директиве Савета 2003/123/ЕЗ.

[27] Државе чланице које су у циљу умањивања (ублажавања) двоструког опорезивања оптирале за методу кредита пружају олакшицу само у односу на по рез на добит корпорација филијале из које су исплаћене дивиденде, искључујући истовремено олакшицу на име пореза на добит корпорација субфилијала. У пред логу Комисије за измену Директиве од 26.07.1993. године било је предвиђено да се метода кредита примењује и у односу на порез на добит корпорација субфилијала.

[28] У верзији Савета 90/435/ЕЕЗ није постојало указивање на сталну пословну јединицу, тако да је чл. 2 којим је уређена стална пословна јединица уведен Дирек тивом Савета 2003/123/ЕЗ.

[29] У француском пореском законодавству садржано је правило по којем уколико се утврди да је реч о артифицијелној инвестицији нерезидента ЕУ у циљу коришћења погодности из пореског уговора закљученог између компаније посредника резидента ЕУ и треће земље и ниске стопе пореза по одбитку, држава

двоструког опорезивања којим је уређен порез по одбитку на дивиденде које се исплаћују нерезидентима има Холандија, што чини ову земљу погодном за улагања. Интересовање страних инвеститора се, због погодности садржаних у пореским уговорима и националном законодавству, када су у питању дивиденде које се исплаћују нерезидентима, поред Луксембурга и Ирске јавља и за балтичке земље.

Код инвестиција пореског обвезника нерезидента ЕУ тзв. улазне инвестиције (*incoming investment*) у светлу елиминисања двоструког опорезивања, поставља се питање да ли се део његовог националног пореза може умањити као кредит за инострани порез на добит правних лица плаћен иностраним пореским властима?[30] Другим, речима, да ли он има права на импутациони порески кредит плаћен држави-чланици ЕУ у којој послује његова филијала. Држава извора обично при исплати дивиденде иностраним акционарима примењује порез по одбитку праћен пропорционалном пореском стопом, имајући у виду да код пореских власти земље извора не постоји сазнање о преосталом дохотку акционара. Уобичајена је пракса да стопе пореза по одбитку на дивиденде не буду више од ниских пореских стопа садржаних у уговорима о избегавању двоструког опорезивања. Примарно опорезивање добити корпорација је у земљи извора (што се може приписати методи изузимања или методи иностраног пореског кредита у земљи резидентства), док је примарно опорезивање дивиденди исплаћених страном инвеститору у земљи резидентства (захваљујући нижим стопама пореза по одбитку у земљи извора). У овим околностима, само домаћи инвеститори остварују пореску олакшицу кроз поступак пореске интеграције, док евентуално протезање импутационог пореског кредита на акционара нерезидента ЕУ представља предмет преговора код закључивања пореских уговора, при чему су правила у пореским уговорима у одређеној мери обликована у складу са практичним захтевима пореске администрације. У преговорима око закључивања пореских уговора државе заузимају различите ставове по питању конверзије пореза на добит правних лица у порез по одбитку, с тим што је у највећем броју случајева заузет став да правила индиректног пореског кредита не укључују иностраног акционара. Ова ситуација фаворизује домаћег, а дискриминише иностраног инвеститора, јер порез на добит правних лица којем је подвргнута домаћа нерасподељена добит може да се импутира само на доходак домаћих акционара када се изврши расподела добити.

чланица може да одбије да примени изузимање од опорезивања порезом по од битку уколико је матична компанија (компанија посредник) контролисана од стране компаније нерезидента ЕУ.

[30] Упор. Дејан Поповић, Гордана Илић Попов, „Утврђивање извора дохотка у пореском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 99.

Код инвестиција резидената ЕУ ван европског тржишта тзв. излазне инвестиције (*outgoing investment*), у светлу елиминисања двоструког опорезивања поставља се питање да ли порез на дивиденду акционара резидентног обвезника ЕУ може да буде умањен за одређени део иностраног пореза на добит правних лица из које је исплаћена дивиденда. Постојала је интенција да се при обрачуну пореза на дивиденду акционара исплаћену из иностране добити, занемари порез на добит правних лица. Отуда се јавља следећа ситуација: добит правних лица остварена на територији ЕУ опорезована је само једанпут и то на нивоу акционара од стране земље резидентства при расподели акционарима применом методе пуне импутације.[31] Инострана добит правних лица је, међутим, опорезована у земљи извора, што традиционално доводи до пружања олакшице од стране земље резидентства, било у виду изузимања или пореског кредита како би се елиминисало међународно двоструко опорезивање,[32] с тим што се инострана добит обично поново опорезује када се расподели акционару у виду дивиденде.[33]

Као друга могућност интеграције пореза на добит корпорације и пореза на дивиденду наводи се пуно или делимично искључивање дивиденди из опорезивања.[34] Имплементација система искључивања дивиденди од опорезивања резултирала би опорезивањем добити корпорације једанпут и то на нивоу корпорације порезом на добит.

Примена импутационог пореског кредита је углавном напуштена у земљама ЕУ под утицајем пресуда Европског суда правде у пореским стварима,[35] мада у неким случајевима и пре него што је одлуком

[31] Двоструко економско опорезивање добити корпорација (једанпут на ни воу корпорације, други пут на нивоу акционара за исплаћену дивиденду) у великом броју земаља ЕУ било је до скора елиминисано методом импутације пружањем по реског кредита акционару за 100% пореза на добит корпорације (пуна импутација) или за део пореза на добит корпорација (делимична импутација).

[32] У случају нерезидента, правила о извору имају улогу потврђивања над лежности пореске јурисдикције земље извора. Наиме, земља резидентства препу шта право на опорезивање земљи извора, и пружа олакшицу како би се елиминиса ло међународно двоструко опорезивање.

[33] Michael J. Graetz, Alvin C. Warren, Jr., „Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe“, *Comparative Fiscal Federalism. Comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence* (eds. R.S. Avi Yonah, J.R. Hines Jr., M. Lang), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2007, 280.

[34] Трећа опција одбијање дивиденди се обично одбија јер аутоматски проширује користи од интеграције на акционаре ослобођене плаћања пореза и ино стране акционаре. Вид. Michael J. Graetz, Alvin C. Warren, Jr., *Integration of the US Corporate and Individual Income Taxes: The Treasury Department and American Law Institute Reports* (даље: *Treasury and ALI Integration Reports*), Tax Analysts, Washington DC 1998, 251 253, 641.

[35] Richard J. Vann, „Trends in Company/Shareholder Taxation: Single or Double Taxation? General Report“, *Cahiers de droit fiscal international* 88A /2003, 21.

суда утврђено да се овим методом крше слободе зајемчене Уговором о функционисању ЕУ. Такође је указано на суштинску компликацију коју садржи систем импутације, имајући у виду међународне приходе који потичу од улазних и излазних дивиденди.[36] Већ је дуго познато да метода импутације доводи до фаворизовања домаћих инвеститора и домаћих инвестиција, те да је протеклих година Европска комисија предложила различита решења у својим студијама.[37] Због захтева за једногласношћу при усвајању појединих решења, усвајање одређеног решења је скоро увек било преклудирано, па су државе-чланице напуштале методу импутације, сматрајући да би Европски суд правде могао да је сматра и прогласи супротном слободама загарантованим Уговором о функционисању ЕУ. Након што је у случају *Verkooijen*[38] *ECJ* био мишљења да олакшице које се пружају дивидендама исплаћеним из добити корпорације остварене на домаћој територији (домаће дивиденде), треба да буду проширене и на дивиденде које су исплаћене акционарима из добити остварене у другим државама чланицама, Комисија је, такође, одлучно говорила у прилог става да импутација крши основне слободе из Уговора.[39]

Директива такође садржи одредбе усмерене против пореске евазије које се односе на инвеститора резидента треће земље: у чл. 1, ст. 2 јасно се указује да антиабузивна правила (*anti-abuse rules*)

36 Peter A. Harris, *Corporate/Shareholder Income Taxation and Allocating Taxing Rights Between Countries*, IBFD Publications, Amsterdam 1996; M. J. Graetz, A. C. Warren, Jr., *Treasury and ALI Integration Reports*, 12 14, 183 98, 735 63.

37 Commission Staff Working Paper, Company Taxation in the Internal Market, SEC (2001) 1681, *http://www.europa.eu.int/comm/taxation customs/resources/documents/company tax study en.pdf*, 30. 9. 2010. У овој студији Европска комисија износи став да основни узрок дисторзија код опорезивања корпорација представљају различите пореске стопе држава чланица, с тим што предлаже хармонизацију пореских осно вица.

38 Вид. пресуду *ECJ* у случају *Staatssecretaris van Financien v. B.G.M. Verkoijen*, C 35/98, донету 6. јуна 2000, I E.C.R. 4071.

39 У питању је била примена критеријума повезаности (кохерентности) као аргумента у прилог примене пореске олакшице у виду изузимања домаћих дивиден ди од опорезивања. Наиме, када код истог пореског обвезника постоји директна веза између пореске олакшице и фискалног намета (компензаторног пореза) као накнаде за губитак пореског прихода који се односе на исти порески облик, реч је о кохе рентности пореског система.

Кохерентност пореског система представља јавни интерес, па се поставља питање да ли се изузимање од опорезивања домаћих дивиденди и истовремено опорезивање улазних дивиденди (*inbound dividends*), може оправдати позивањем на кохерентност? ECJ је закључио у случајевима *Verkooijen* (C 35/98) и *Baars* (C 35/98) да се аргумент кохерентности не може применити, јер не постоји дирек тна веза између опорезивања акционара и пореза на добит корпорација, већ се ради о постојању два различита пореска облика која се примењују на различите поре ске обвезнике: порез на добит корпорација разрезан на компанију као правно лице и порез на доходак грађана на име прихода од дивиденде разрезан на акционара. Мишљење суда је потврђено у случају *Bosal* (168/01).

као и правила против кршења пореског закона у циљу избегавања плаћања пореза (*anti-fraud rules*), било да су садржана у националним прописима држава-чланица или одредбама релевантног уговора о избегавању двоструког опорезивања примењују се увек када је потребно, чак и упркос Директиви.[40] Наиме, Директива не садржи појам злоупотребе, већ упућује на важећа правила позитивног права различитих држава-чланица.[41] Иако се на први поглед чини да оваква одредба знатно ограничава домашај Директиве, треба имати у виду да *ECJ* стриктно процењује компатибилност антиабузивних одредаба, било да је реч о унилатералним одредбама или одредбама проистеклим из билатералних уговора са директивама ЕУ и Уговором о функционисању ЕУ.

4. ПОРЕСКИ ТРЕТМАН КАМАТА И АУТОРСКИХ НАКНАДА

Директива о заједничком систему опорезивања исплате камата и ауторских накнада између повезаних привредних друштава различитих држава-чланица (*Council Directive 2003/49/EC/* у даљем тексту: Директива Савета 2003/49/ЕЗ/) заснива се на једноставном концепту: ауторске накнаде треба да буду опорезоване само једном у ЕУ и право опорезивања треба да припадне земљи исплатиоца ауторске накнаде (чл. 1 (1) Директиве). Спречавање двоструког опорезивања другачије је регулисано у односу на Директиву о матичном и зависном друштву: у случају камата и ауторских накнада двоструко опорезивање није тако често на заједничком тржишту; ауторске накнаде ће бити опорезоване код примаоца, с тим што имају карактер одбитка од пореске основице исплатиоца. При утврђивању пореза исплатилац ауторске накнаде може одбити њихов износ од пореске основице. Исто се правило примењује и на камате, упркос могућим ограничењима наметнутим решењима из националних пореских прописа.

Прекогранични исплате ауторских накнада нису подвргнуте, за разлику од дивиденди, у великом броју случајева, међународном двоструком опорезивању: оне могу бити подвргнуте једино двостру-

[40] Антиабузивно деловање је деловање у циљу спречавања злоупотребе по реског прописа и предмет антиабузивног деловања је нелегитимно минимизовање пореске обавезе. Нелегитимно минимизовање пореске обавезе представља вид зако ните пореске евазије. Такво понашање је неприхватљиво јер није остварен циљ ради којег је закон донет, тј. порески терет је мањи од нивоа који је законодавац наме равао да постигне. Поступци пореског обвезника усмерени на избегавање плаћања пореза којима се крши порески закон представљају незакониту пореску евазију и санкционисани су одредбама казненог права.

[41] Ben Terra, Peter Wattel, *European Tax Law*, Kluwer, Deventer 2005, 525.

ком правном опорезивању.[42] Ова се ситуација јавља услед чињенице да ауторске накнаде у великом броју случајева, као што је претходно поменуто, имају статус трошкова које исплатилац накнаде може одбити од пореске основице, уколико је интелектуална својина коришћена у трговини или пословању, при чему ће двоструко опорезивање бити елиминисано методом пореског кредита уколико наплата пореза по одбитку није спречена уговором о избегавању двоструког опорезивања.[43] Код ауторских накнада проблем двоструког опорезивања не привлачи интересовање у мери као што је то случај код дивиденди, тако да се често наводи као изговор за кашњење у имплементацији Директиве 2003/49/ЕЗ.

Директивом о каматама и ауторским накнадама је прописано да исплате камата и ауторских накнада привредном друштву које има седиште унутар ЕУ или његовој сталној пословној јединици, морају бити изузете од опорезивања, с тим што се захтева да примаоци ових прихода истовремено представљају њихове стварне власнике (*beneficial owner*). При том је неважно да ли се у земљи извора прихода (камата или ауторских накнада) примењује опорезивање на извору или разрезивање пореза на укупну добит (*tax assessment*), тј. утврђивање пореске обавезе у односу на укупну добит, укључујући приходе из тог извора.[44]

Земљом извора сматра се држава-чланица ЕУ у којој исплатилац камате или ауторске накнаде има седиште или чланица у којој је лоцирана стална пословна јединица која сноси трошак исплате камате или ауторске накнаде. Стална пословна јединица се сматра исплатиоцем ових облика прихода уколико плаћања представљају пореско признати расход (одбитак) сталног места пословања према националним пореским прописима државе у којој је лоцирана стална пословна јединица.

Директива се примењује на плаћања између повезаних трговачких друштава (*associated enterprises*), при чему се два друштва сматрају повезаним ако једно у другоме има учешће у акцијском капиталу, односно гласачким правима од најмање 25% или када треће друштво има власнички удео од најмање 25% у оба друштва. Све

[42] Дивиденде су подвргнуте како двоструком правном, тако и двоструком економском опорезивању. За прецизније разликовање, упор. Marjaana Helminen, *The Dividend Concept in International Tax Law: Dividend Payments between Corporate Entities*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 1999, 9 и 38.

[43] Двоструко опорезивање може бити отклоњено и употребом методе изузимања, уколико се земља резидентства примаоца ауторске накнаде определи ла за ово решење на начин сличан оном прописаним чл. 23 Б Модел конвенције ОЕЦД а.

[44] Гордана Илић Попов, *Пореско право Европске уније*, Службени гласник, Београд 2004, 161 164.

чланице холдинг структуре морају имати седиште унутар ЕУ, па се поставља питање да ли су исплате камата или ауторских накнада између два сестринска друштва чије се матично друштво налази изван ЕУ покривене одредбама ове директиве. У вези с овим питањем поједини аутори[45] сматрају да се у случају хоризонтално повезаних лица чини могућим да матична компанија са капитал учешћем у двема филијалама различитих држава чланица ЕУ може имати седиште ван ЕУ. При томе се наводи да за сада не постоји судска пракса која би потврдила или оповргла овакво тумачење.

Директива користи појам „стварни власник" за примаоца ауторске накнаде, прописујући као основно правило да се прималац ауторске накнаде не опорезује на извору по одбитку, тј. да постоји изузимање од опорезивања на извору при исплати прихода. Аутори који су се у пореској литератури више бавили овим проблемом,[46] указивали су да појам стварног власника долази из *common law* система, у којем је у почетку био коришћен у праву траста (*trust law*) у циљу разликовања правног корисника (*legal ownership*) од стварног корисника одређене имовине (*beneficial ownership*). Појам стварног власника не постоји у континенталним правним системима, тако да је немогуће повући поменуту разлику,[47] па се отуд у доктрини истиче да појму стварног власника треба дати потпуно другачије и аутономно (самостално) значење.[48]

Текст директиве ближе одређује концепт стварног власника, додајући да стварни власник представља лице које прима исплату ауторске накнаде у своју корист, а не као посредник који делује за неко друго лице.[49] Концепт стварног власника је сличан концепту садржаном у Модел-конвенцији ОЕЦД, при чему дато тумачење Модел-конвенције ОЕЦД може бити коришћено као смерница за тумачење израза садржаног у Директиви о каматама и ауторским накнадама.[50] Термин стварни власник подразумева да прималац камата и аутор-

[45] Marjaana Helminen, *EU Tax Law Direct Taxation*, IBFD, Amsterdam 2009, 60 61.

[46] Charles P. du Toit, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties,* IBFD, Amsterdam 1999, 99.

[47] На пример, Италија је недавно имплементирала законодавство о трасто вима (2005. године) додајући Грађанском законику чл. 2645. Вид. M. Greggi, 48 фн. 32.

[48] Luc Hinnekens, „European Commission introduces beneficial ownership in latest tax directive proposals adding to the confusion with regard to its meaning", *EC Tax Review* 9/2000, 43 44; David Oliver, „Beneficial ownership and OECD Model" *British Tax Review* 2001/65, 50; C. P. Du Toit, 145; *Commentary to the Model Tax Convention on Income and on Capital*, OECD, Paris 2003, 173.

[49] Чл. 1, ст. 4 Директиве Савета 2003/43/ЕЗ.

[50] M. Helminen, 61 62.

ских накнада трговачко друштво резидент државе-чланице исплате прима у своју корист, а не у корист неког другог лица тако да се посредници попут овлашћеног заступника, повереника и сл. искључују одредбама Директиве. Стална пословна јединица може такође имати статус стварног власника, уколико су кумулативно испуњена два услова: (а) основ извршене исплате (дуг или нематеријална имовина, тј. потраживање или право из којег настаје плаћање камата или ауторских накнада) мора бити стварно повезан са сталним местом пословања (стална пословна јединица сноси трошак исплате ових облика прихода); и (б) стална пословна јединица мора бити подвргнута порезу на добит за примљене исплате у држави-чланици ЕУ у којој је лоцирана.[51]

Овај приступ треба пажљиво примењивати у тумачењу Директиве из следећих разлога: лице које је поддавалац лиценце (*sublicensor*) не би се могло сматрати стварним власником све док је крајњи корисник ауторске накнаде уједно и власник бестелесне имовине. Исто се правило примењује и на финансијске операције. Као последица примене овако изузетно рестриктивног тумачења одредбе настаје проблем за инвеститоре нерезиденте ЕУ када користе уговор о лиценцирању код алокације њихове бестелесне имовине компанији резиденту ЕУ која се касније понаша као поддавалац лиценце.

Имајући у виду да појам стварног власника не постоји у континенталним правним системима, инвеститор из земље ван ЕУ (инвеститор нерезидент ЕУ) који у циљу оптимизирања профита посредством компаније резидента ЕУ оснива субфилијалу у ЕУ, може бити суочен са опасношћу да се филијала не може подвести под појам стварног власника. Овај недостатак би се могао превазићи применом уговора о избегавању двоструког опорезивања тако што се концепт стварног власника не би тумачио према чисто догматском гледишту, већ у складу са циљем ради којег је законодавац донео Директиву.

Остали пак сматрају да би се филијала која обавља финансијске операције (или корисник који ужива бестелесну имовину у складу са лиценцом) могла сматрати стварним власником. Привредно друштво треба да докаже да је разлика између камате коју је компанија резидент ЕУ исплатила матичном привредном друштву нерезиденту ЕУ и добитка које је остварило финансирано привредно друштво одобравањем зајма субфилијали резиденту ЕУ или сталној пословној јединици лоцираној у ЕУ фер, разумна и у складу са принципом „ван дохвата руке". На овај се начин уводи квантитативни тест. Коришћење квантитативног приступа се не сматра увек у складу са законом, али у одсуству јасне позиције Европског суда правде о овом питању и језичким тумачењем текста Директиве, остаје као једино решење.

[51] Г. Илић Попов, 161 164.

Друга решења нису могућа и можда би дистинкција требало да буде заснована на разликама у износу исплаћених ауторских накнада или камата. Две фундаменталне одредбе Директиве (чл. 4, ст. 2[52] и чл. 5) усмерене су против избегавања плаћања пореза.

У циљу спречавања злоупотребе одредаба Директиве и еродирања пореске основице (привредног друштва) у ЕУ, Директивом је прописано да државе чланице ЕУ могу да одбију примену правила из Директиве у појединим случајевима. Таква се ситуација може догодити када је износ ауторских накнада и камата које исплаћује резидентна компанија или стална пословна јединица већи од износа који би могао да буде утврђен да су привредно друштво или стална пословна јединица (исплатиоци камата и ауторских накнада) и привредно друштво (прималац камате и ауторске накнаде) деловали као независна друштва, одвојено и независно под истим или сличним условима. Износ који би се добио на основу обрачуна по ценама „ван дохвата руке“ у складу са начелом непристрасне трансакције био би при исплати камате или ауторске накнаде ослобођен од опорезивања у земљи извора, тј. правила из Директиве би се примењивала у односу на износ који се поклапа са износом утврђеним „ван дохвата руке“, док се на остатак не би могле применити одредбе о неопорезивању. Држава извора дохотка исто тако може одбити примену Директиве уколико је период повезаности друштва краћи од две године. Такође, држава извора дохотка може захтевати од исплатиоца прихода да поднесе доказе о испуњености наведених услова.

У Директиви о каматама и ауторским накнадама законодавац користи термин „посебан однос“ (*special relationship*) као услов за примену Директиве на део износа исплаћених ауторских накнада који превазилази износ постигнут применом начела непристрасне трансакције. „Уколико због посебног односа износ исплаћених ауторских накнада прелази износ који би могао да буде постигнут одредбе Директиве ће се примењивати само на каснији износ, уколико постоји“ (чл. 4, ст. 2). Увођењем појма „посебног односа“ у одредбе Директиве проширује се појам повезаних лица, где се за квалификацију услова за примену претходно поменутог правила захтева чвршћа веза. Примећује се, такође, да Директива не садржи детаље којима би појам посебног односа био ближе одређен, тако да је свакој држави-чланици остављен простор да одредбе Директиве имплементира у национално законодавство на жељени начин одређивањем ширег или ужег ограничења у којем порески обвезник може да одреди износ исплаћених ауторских накнада који ће имати статус пореског одбитка за исплатиоца и уједно бити изузет од

[52] Чл. 4, ст. 1 садржи такође одредбе против избегавања плаћања пореза, али су оне углавном ограничене на исплате камата регулисаних Директивом Савета 2003/43/ЕЗ.

опорезивања на извору при исплати ауторске накнаде. Ово правило је посебно важно имајући у виду инвеститора из земаља ван ЕУ, који могу бити подстакнути да оснују филијалу у пореској јурисдикцији чији систем правила против избегавања плаћања пореза у поменутом контексту показује највише недостатака.

Чл. 11 (6) и чл. 12 (4) Модел-конвенције ОЕЦД садрже идентична правила која прописују да се у случајевима у којима се вишак прихода од камата или ауторских накнада може приписати посебном односу између исплатиоца и стварног власника има обрачунавати по ценама „ван дохвата руке“. Ова правила имају за циљ да деловање одредаба ограниче на начин да вишак прихода искључе из домашаја примене чл. 11 (6) и чл. 12 (4) и подвргну другим одредбама Модел-конвенције ОЕЦД.[53] Уколико је код одобравања зајма од стране повезаног лица спорна висина каматне стопе која, примера ради, износи 15% и сходно одредбама о трансферним ценама је изнад нивоа „ван дохвата руке“ где камата износи 10%, на вишак прихода од 5% неће се примењивати одредбе чл. 11 и чл. 12 Модел-конвенције ОЕЦД.

Субјективни домашај посебног правила „ван дохвата руке“ ограничава се на ситуације у којима постоји посебан однос између исплатиоца прихода и стварног власника или између исплатиоца прихода и стварног власника, с једне стране, и трећег лица, с друге стране. Ближе одређење појма посебног односа није уређено ни Модел-конвенцијом ОЕЦД. Сагласно Коментару Модел-конвенције ОЕЦД одредбе се примењују када је приход исплаћен физичком или правном лицу које непосредно или посредно остварује контролу над исплатиоцем, или другом лицу над којим такође непосредно или посредно остварују контролу физичка и правна лица повезана са исплатиоцем, односно чини део групе која има заједнички интерес са овим лицима.[54] Ови примери аналогни су случајевима уређеним одредбом чл. 9 Модел-конвенције ОЕЦД.[55] Објективни домашај посебног правила „ван дохвата руке“ ограничава се на приходе од камата и ауторских накнада дефинисаних чл. 11 (3) и чл. 12 (2), чије се одредбе

---

53 Вид. *Model Tax Convention on Income and on Capital*, пара. 35 коментара уз чл. 11 и пара. 25 коментара уз чл. 12.

54 Jens Wittendorff, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010, 185.

55 Вид. *Model Tax Convention on Income and on Capital*, пара. 33 коментара уз чл. 11 и пара. 23 коментара уз чл. 12. Према чл. 9 Модел конвенције ОЕЦД реч је о случајевима повезаних лица у којима предузеће једне државе уговорнице остварује непосредно или посредно управљање, контролу или поседује капитал у предузећу друге државе уговорнице, или иста физичка или правна лица непосредно или по средно учествују у управљању, контроли или капиталу у предузећима двеју држава уговорница при чему је једно порески обвезник а друго лице повезано са пореским обвезником.

примењују само ако постоји узрочна веза између вишка прихода и посебног осноса између страна. Уколико је вишак прихода остварен под утицајем других околности на њега се неће примењивати одредбе чл. 11 (6) и чл. 12 (4) Модел-конвенције ОЕЦД.

Сагласно томе у Италији је, на пример, законодавац појам посебног односа тумачио према правилима о трансферним ценама код непосредног опорезивања.[56] Уопште узев, однос повезаних лица се сматра посебним када једно лице остварује контролу над другим лицем, а услови који се захтевају за примену правила о трансферним ценама у свему су идентични са условима за примену ограничења код изузимања од опорезивања на извору.

Свака држава појам посебног односа (специјална веза) тумачи различито, тако да постоје различити концепти у државама-чланицама ЕУ, иако постоји општи ниво хармонизације који ће очигледно бити редукован. Аутономни концепт није уведен на нивоу ЕУ, а одлука да се позивају на националне правне концепте држава такође је усвојена и код осталих правила против избегавања плаћања пореза (као и против пореске утаје). Ипак, ова правила имају ширу примену када је у питању Директива о каматама и ауторским накнадама у односу на друга правила из претходног развоја пореског права ЕУ,[57] због оправдане забринутости Савета о могућности неадекватне примене изузимања од опорезивања на извору.

У чл. 5 Директиве јасно је прописано да Директива неће спречити примену националне одредбе против избегавања плаћања пореза као и да пореска власт може суспендовати примену пореских олакшица уколико је један од основних мотива трансакције (на пример, уговор о давању лиценце) избегавање плаћања пореза. Значај ове одредбе је очигледан, утолико што национални законодавац може да суспендује Директиву (а пореска управа пореске олакшице), чак и уколико је избегавање плаћања пореза једини мотив којим је порески обвезник био подстакнут да закључи посебан уговор о давању лиценце и исплати ауторске накнаде: избегавање плаћања пореза не мора да буде једини или основни мотив у читавој операцији.

Свако ограничење у примени Директиве у пореским јурисдикцијама држава-чланица мора да буде у складу са начелом сразмерности (пропорционалности), иако чл. 5 нису предвиђена посебна ограничења у том погледу. Мора да постоји прихватљива сразмера између прекршаја који је извршио порески обвезник и правних последица прописаних законом које примењује пореска управа.

[56] Вид. чл. 110 *Italian Direct Taxation Act*, *T.U,*, No. 917/86.

[57] Изузетак представља чл. 1, ст. 2 Директиве о матичној компанији и филијали 1990/435/ЕЕЗ.

5. ПОРЕСКИ ТРЕТМАН КАПИТАЛНИХ ДОБИТАКА У СТАТУСНИМ ПРОМЕНАМА

За разлику од Директиве Савета 90/435/ЕЕЗ која се односи на исплату међукомпанијских дивиденди и Директиве 2003/49/ЕЗ која се односи на опорезивање камата и ауторских накнада, када су у питању капитални добици не постоји директива ЕУ која се посебно и непосредно бави опорезивањем капиталних добитака.

Капитални добици остварени прекограничним операцијама (укључујући имовину, непокретности и остало) могу да буду опорезовани према критеријуму извора (место где је лоцирана имовина у тренутку продаје) или према критеријуму резидентства. Оба критеријума се јављају чак и у оквиру пореске јурисдикције сваке државе-чланице и примењују се у зависности од врсте имовине, места где се обавља делатност или других фактора.

У Италији се, на пример, капитални добици од некретнина који нису остварени њиховом продајом опорезују уколико физичко или правно лице испуњава критеријуме пореског резидентства. Насупрот томе, добици остварени продајом некретнина лоцираних у Италији увек су подвргнути италијанском порезу на капиталне добитке, без обзира на резидентство страна у питању. Капитални добици остварени продајом акција на берзи не опорезују се у Италији, уколико су остварени од стране инвеститора нерезидента. Слична су правила на снази у различитим континенталним земљама, што у неким случајевима доводи до двоструког опорезивања, а у другим до двоструког ослобођења од опорезивања, што зависи од специфичних околности случаја. Код прве групе случајева се примењују правила из уговора о избегавању двоструког опорезивања, док се код друге групе случајева примењују решења националних пореских законодавстава.

Операцијама спајања и припајања (*merger & acquisitions*) могу настати капитални добици исказани као разлика између њихове књиговодствене и тржишне вредности у тренутку операције. Примена различитих пореских закона држава у питању код прекограничних спајања и припајања која ствара могућност различитог опорезивања капиталних добитака представља ограничење *per se* код примене прекограничних интеграција. Директива Савета 1990/434/ЕЕЗ обрађује овај проблем.[58]

Чл. 4 Директиве је прописано да операције спајања и припајања на листи чл. 1 не доводе до опорезивања капиталних добитака као

[58] Чл. 1(а) Директиве 1990/434/ЕЗ прописује да се примењује на спајања, поделе, делимичне поделе, трансфер имовине и размену акција у којима су укључена привредна друштва двеју или више земаља ЕУ.

разлике између њихове тржишне вредности и вредности за сврхе опорезивања тако да су ове операције са пореског становишта ирелевантне, а за капиталне добитке се сматра да је оваквим операцијама привредних друштава њихово опорезивање одложено. Анексом Директиве је у циљу ближег објашњења уведена листа привредних друштава код којих операције спајања и припајања неће бити опорезоване. Углавном је реч о привредним друштвима инкорпорисаним у ЕУ или друштвима која се могу сматрати резидентима ЕУ за сврхе опорезивања. Опорезивање капиталних добитака представља једину област у којој је пореска хармонизација потпуна, тј. у којој се капитални добици уопште не опорезују, с обзиром на то да се по логици Директиве ЕЗ о заједничком систему опорезивања који се примењује на припајања, спајања, поделе, пренос средстава и размену акција који се тичу компанија из различитих држава-чланица допушта одлагање настанка пореске обавезе по основу капиталних добитака код статусних промена.

Имајући све ово у виду, чини се да најефикасније средство за заштиту иностраног инвеститора од дискриминације коју спроводе националне пореске власти представља чл. 63 Уговора о функционисању Европске уније, којим је забрањено успостављање ограничења на кретање капитала између ЕУ и држава изван ње. Слобода кретања капитала разликује се од слободе кретања радника и права на пословање у том погледу да, осим што се примењује на државе-чланице ЕУ, своју примену проширује и на земље изван Европске уније, док се две поменуте слободе примењују само у односима између држава-чланица ЕУ. Протезање слободе кретања капитала на треће земље, уз чињеницу да Уговор о функционисању ЕУ ближе не одређује кретање капитала, те да је номенклатура кретања капитала садржана у Анексу I Директиве 88/361 ЕЕЗ, дозвољавају ширу дефиницију слободе кретања капитала. На овај начин простор за ограничавање кретања капитала у већој ће се мери заснивати на разлозима попут пореске евазије, спровођења ефективне пореске контроле или ефективног опорезивања, а у мањој мери на разлозима везаним за фискалну кохерентност, губитак пореских прихода и административне потешкоће.

Danica Tasić, LLM

Assistant Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

TAXING INVESTMENT INCOME IN THE EU MEMBER STATES

Summary

Major steps toward harmonization of EU tax law have been achieved in the field of indirect taxation. Direct taxation falls within the competence of the Member States, except in a few areas regulated by means of directives dealing specifically with dividends distributions between parents and subsidiaries in cross-border relationships, interest and royalty payments and cross-border mergers. The harmonizing process in the field of direct taxation within the EU is based on the four freedoms (free movement of goods, services, persons and capitals), non-discrimination principle and the right of establishment, where the free movement of capital plays the most important role, as far as it is applicable to the non-EU residents. The author focuses on the passive income taxation (dividends, interest and royalty payments and capital gains) and points out the significance of the Community directives for avoiding double taxation within the common market. The Community directives do not apply to the non-EU residents, and the author analyses provisions of the directives in order to define possibilities of exploiting the advantages granted under the directives to the non-EU residents doing business in the EU. The conclusion is that Art. 63 of the Treaty on the functioning of the European Union is still the most efficient instrument against national tax authorities in defending the non-EU residents from discriminatory taxation.

Key words: *Direct taxation. – Free movement of capital. – Dividends. – Interests and Royalties. – Non-EU resident.*

УДК 343.236/.237

Др Недељко Јованчевић*

ИЗВРШИЛАШТВО И САУЧЕСНИШТВО КРОЗ НЕЧИЊЕЊЕ

Нечињење је структурално различито од чињења, тако да се код кривич них дела извршених нечињењем додатно отежава утврђивање радње извршења и узрочности, а посебно је отежано разграничење извршилаштва и сучесништ ва. Извршилаштво, као и саучесништво код извршења дела нечињењем, је за конска могућност (чл. 15 КЗ), којом се разликују права и неправа кривична дела нечињења. Саучесништво кроз нечињење може доћи у обзир код извршења кри вичног дела чињењем и нечињењем и може се сагледавати у релацијама: прво, саучесништво чињењем у делу нечињења; друго, саучесништво нечињењем у делу чињења; и треће, саучесништво нечињењем у делу нечињења. У првом случају могуће је саучесништво, као и подстрекавање и помагање, а у другом и трећем искључено је подстрекавање, а могуће је помагање, као и саизвршење. Одговорност „гаранта“ може бити утемељена како на императивним, тако и на прохибитивним нормама. Тако се, поред неспорних случајева који се темеље на императивним нормама, све више проширује одговорности гаранта за „правне дужности“, које представљају одређене „друштвене дужности“ (заједница живота, крвно или тазбинско сродство и сл.), али се не може одредити генерална обавеза на дужности чињења, већ то зависи од околности сваког конкретног случаја. Аутор сматра да је разграничење извршилаштва и саучесништва код нечињења најадекватније према социјално персоналној теорији.

Кључне речи: *Извршилаштво. Саучесништво. Нечињење. Гарант. Им перативне и прохибитивне норме. Друштвене и правне дуж ности.*

1. УВОДНИ ПРИСТУП

Извршилаштво и саучесништво које се остварује нечињењем или пропуштањем дужног чињења веома је сложено питање, које

* Аутор је адвокат из Београда, *njovancevic@orion.rs.*

захтева озбиљну и обимну студију, каква недостаје у нашој литератури. Кривична дела остварена нечињењем, односно пропуштањем дужног чињења, имају бројне специфичности у односу на дела чињења пошто су структурално различита, због чега се не могу изједначити. Изражене супротности у поимању чињења и нечињења указују да, као објективна претпоставка за настајање кривичног дела, они не могу бити нити идентични нити супротни, већ суштински различити. Због тога се подвлачи да не постоје генерални критеријуми за разграничење.[1] Наиме, сви проблеми који се иначе срећу код одређивања извршилаштва и саучесништва, извршеног чињења, правне природе саучесништва, радње извршења, узрочности, посебно разграничења извршилаштва од саучесништва, вишеструко се умножавају код нечињења. Ово не само због замршених односа у области саучесништва, већ због чињенице да кривичноправна догматика још увек трага за бројним решењима у домену кривичних дела нечињења.[2]

Када се одреди појам извршилаштва и саучесништва код извршења дела чињењем сходно релевантним научним теоријама, по себи постаје јасно које форме или облици који се појављују у оквиру саучесничког деловања нису извршилачки, односно који могу бити саучеснички (у облику подстрекавања или помагања). У том правцу се не могу заобићи резултати каузалних теорија (формално-објективне теорије), које одражавају „златну средину између начина посматрања", а које се држе искључиво стварне вредности и онога што дефинише само смисао чињења или нечињења.[3] Према овој теорији, радња чињења или нечињења се одређује као „вољно испољен телесни покрет или вољно пропуштање дужног чињења". Убица који је у жртву пуцао из ватреног оружја, који је неког усмртио убодом ножа, који је провалио у радњу и однео злато, сведок који под заклетвом лаже и сл. су очигледни начини испољавања радњи, тако да за сваког објективног посматрача то представља извршење и разликује се од саучесништва. Но, код одређивања бројних других ситуација у којима се испољава радња чињења, нарочито радње саучесника, као и код нечињења, резултати каузалних теорија не дају

[1] Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft,* Walter de Gruyter, Berlin New York 2000[7], 702 703 наводи да разграничење није могуће ни по теорији власти над делом.

[2] Према мишљењу Роксина, најновије научне дискусије и различита мишљења немају своје корене у учењу о саучесништву, већ у неразјашњеним основ ним питањима догматике нечињења. Он истиче да ће морати још доста да се ради до постизања коначног решења проблематике нечињења у области саучесништва, C. Roxin, 702 707.

[3] Роксин, сматра да ова теорија никада није била довољно призната, па чак и назив „објективна" не носи са правом, јер управо она води рачуна о касније толико наглашеном субјективно финалном елементу, C. Roxin, 35.

задовољавајућа решења, па се мора окренути другим критеријумима који се налазе у оквиру субјективних теорија (долусне и интересне),[4] мешовитих теорија, те оних које су се касније појавиле – теорији о влати и моћи над делом[5] као и социјално-персоналним теоријама.[6] Данас у науци преовлађује схватање појма извршилаштва у нешто ширем смислу, јер је извршење могуће и посредно, чак и без учешћа у радњи извршења. По мишљењу Маураха (*Maurach*), „извршилац је онај који предузме законски типизирану радњу и остварује у законском опису одређено кривично дело".[7] Али, извршилаштво се може одредити и сходно мешовитим теоријама (објективно--субјективним),[8] које су данас најзаступљеније, тако што се „проширује круг делатности које се сматрају радњом извршења кривичног дела уз постојање умишљаја извршиоца или се захтевом објективизиране воље траже извесне спољне манифестације, које логично повезују делатност саучесника са радњом извршења кривичног дела".[9] Тако се извршилаштво испољава у три облика, и то као: непосредно извршилаштво *(Alleintäterschaft),* посредно извршилаштво[10] (*Mittelbare Täterschaft*) и саизвршилаштво *(Mittäterschaft)*.[11] Дакле, одређи-

[4] О субјективним теоријама вид. C. Roxin*,* 51 57.

[5] О развоју теорије власти над делом вид. опширно, C. Roxin, 68 89. По Велцелу (*Welzel*), да би се радило о извршењу, потребно је да се испуне три преду слова, и то: финална владавина над делом, субјективни и објективни критеријуми. Он се слаже и са минималним учешћем у извршењу дела, ако има владавину над делом. Тако „критеријум воље" извршиоца замењује условом да извршилац мора бити „саносилац одлуке у делу". Минус у објективној сарадњи се мора надокнадити плусом у виду посебног доказа о учествовању у доношењу одлуке за извршење зло чина", нав. према C. Roxin*,* 68. У овом смислу је концепција саизвршилаштва у чл. 33 Кривичном законику Србије од 2005. године.

[6] Зоран Стојановић, *Кривично право Општи део*, Београд 2006[12], 107 109.

[7] Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel, Heinz Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil*, II, Heidelberg 1984[6], 205. Овде се ради о једној од прихватљивих дефиниција, у случајевима где је извршење каузално везано за извршиоца. По истима, „извршење је лично остварење дела, али може да се изведе и коришћењем другог као средства извршења" (посредно извршилаштво).

[8] Због различитог теоретског приступа и различитог дефинисања појма извршиоца на VII конгресу Међународног удружења за кривично право, одржаног у Атини 1957. године, дошло се до дефинисања извршиоца на начин: „Непосредни извршилац је онај који својом радњом оствари битна обележја (субјективна и објективна) кривичног дела. Ако се ради о нечињењу онда је непосредни извршилац онај који пропусти обавезу чињења", вид. Bogdan Zlatarić, *Saučesništvo* (skripta), Za greb 1965 1966, 58.

[9] Јанко Таховић, *Кривично право Општи део*, Београд 1961, 298. 299.

[10] Мирослав Ђ. Ђорђевић, „Посредни извршилац кривичног дела", *Анали Правног факултета у Београду* 1 2/1994, детаљно вид. 53 61.

[11] О више облика извршилаштва детаљно вид. R. Maurach, K.H. Gössel, H. Zipf, 212. Вид. и Fritjof Haft, *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, München 1998[8], 198, 199;

вањем појма извршиоца према мешовитим теоријама реално се проширује појам извршиоца и на оне који нису директно учествовали у радњи извршења, али су битно допринели извршењу дела. На тај начин се отвара простор за савремена схватања појма извршиоца у нашој теорији и пракси, првенствено помоћу познате теорије власти над делом.[12] У Кривичном законику Србије од 2005. године (даље КЗ),[13] нормативно се не одређује појам *извршиоца*, већ се он формира на основу општих и посебних одредби кривичног закона, као и судске праксе.[14] Наиме, када је у питању „извршилац самац", сходно објективно-субјективном схватању, не појављују се већи проблеми, јер је извршилац сâм носилац радње извршења, односно „индивидуални извршилац има власт над радњом извршења дела".[15] Али, извршилац у оквиру саучесништва функционише битно другачије и он у оквиру тог склопа може сâм да изврши радњу кривичног дела уз допринос осталих. При том је могућ и извршилац који физички није предузео радње извршења дела – интелектуални извршилац, уз допринос оних који су физички деловали на радњи извршења и тиме су у улози саучесника дали допринос интелектуалном извршењу.[16] По рестриктивном схватању појма извршиоца (које имплицира јединство кривичног дела и акцесорну природу саучесништва), извршиоцем кривичног дела се сматра лице које је извршило ону радњу коју закон одређује као радњу извршења одређеног кривичног дела,

Udo Ebert, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg 1993^2, 176 183, који се слажу у елементима који конституишу те форме, а који се своде на објективне и субјективне. У истом смислу вид. З. Стојановић, 258.

12 *Коментар Кривичног закона СРЈ* (даље: *Коментар КЗЈ*), (ред. Н. Срзентић *et al.*), Београд 1995, вид. опширно 129, те 142 144. Посебно, М. Ђ. Ђорђевић, 53 54.

13 *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05, исп. бр. 107/05, измене и допуне, бр. 72 од 3. септембра 2009 і 111/2009, од 29 децембра 2009. године.

14 У немачком КЗ (*StGB/1987*) се одређује појам извршиоца, посредног из вршиоца и саучесништво. У ст. 1. § 25, као извршилац казниће се ко је кривично дело извршио сам или посредством другог лица, а саизвршилац се појмовно одређује у ст. 2 § 25. О овом детаљно вид. Недељко Јованчевић, *Подстрекавање облик саучесништва и самостално кривично дело*, Службени гласник, Београд 2008, 73, 74, 82, 105, 155 и даље, М. Ђ. Ђорђевић, 56 57.

15 *Коментар КЗЈ*, 129. Надаље у истом смислу вид. Никола Срзентић, Алек сандар Стајић, Љубиша Лазаревић, *Кривично право*, *Општи део*, Београд 1978, 269. Ово је идентично са схватањем појма извршиоца по француском кривичном праву: „учиниоцем, за разлику од помагача, сматра се онај који је извршио радњу која улази у законски опис, или барем акте нужне за њено извршење", вид. Богдан Златарић, „Напомене о саучесништву у новом Кривичном законику", *Архив за прав не и друштвене науке* 1/1951, 120 и 121 фн. 11.

16 Тако Маурах (*Maurach*), и не само он, прихвата „интелектуално извршење" када каже: „саизвршилац је онај, који без личног извршења надзире процес извршења, управља и влада поступцима, а подстрекач је онај који свој допринос делу даје кроз убеђивање још неодлучног", нав. према C. Roxin, 38 39.

док би сва остала лица која су предузела радње које су допринеле, односно условиле наступање последице, имале својство саучесника.[17] Од овог схватања треба поћи, јер ако би се определили за шири, екстензивни појам извршиоца, код којих су сви учесници у делу извршиоци, односно саизвршиоци посебног кривичног дела (теорија о самосталној природи саучесништва, јединствени појам извршиоца и плуралитет кривичних дела), то би довело до тога да се негира појам саучесништва, а сви који учествују у извршења дела на било који начин и у било којем облику су извршиоци сваки за себе посебног дела.[18] Иначе, спорна је и правна природа кривичних дела нечињења, где би се требало приклонити мишљењима оних који сматрају да се она мора посматрати са гледишта противправности.[19] Код одређивања радњи саучесника, и поред свих проблема, најбоље је то разматрати према социјално-персоналним теоријама, које одређују саучесничко деловање као „друштвено релевантно испољавање личности или остварење воље“, али не треба занемарити и резултате различитих варијанти објективно-субјективних теорија. Код подстрекавања, посебно где се све радње своде на интелектуално деловање, и код психичког помагања, одређивање радње извршења саучесника није могуће према каузалним теоријама, јер се ту не ради о вољно испољеном телесном покрету или вољном пропуштању телесног покрета. Код овог разграничења нарочито треба обратити пажњу да ли је подобно то учинити помоћу теорије познате као теорија о власти и моћи над делом.[20]

2. РАДЊА НЕЧИЊЕЊА

Нечињење, или боље рећи пропуштање дужног чињења, је веома неодређен појам и околности које заснивају такав положај и обавезе учиниоца „представљају неписана обележја бића кривичног дела нечињења“.[21] Онтолошки гледано, нечињење није радња

[17] Недељко Јованчевић, „Појам извршилаштва у савременом кривичном праву“, *Бранич часопис за правну теорију и праксу Адвокатске коморе Србије* 3 4/2005, 33.

[18] Hans Heinrich Jescheck, Tomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, *Allgeminer Teil*, Freiburg Köln 1995, 648, 649. Надаље вид. C. Roxin, 28; Kristian Kühl, *Straf recht, Allemeiner Teil*, Verlag Ranz Vahlen München 2008[6], 573, 576, 585.

[19] Таховић наводи да се правна природа кривичних дела нечињења може уочити тек када се испита њихова суштина са гледишта противправности, вид. J. Таховић, 104.

[20] У том правцу Роксин закључује да се код сагледавања ове проблематике не може заобићи: учење о кривици код Хеглера (*Hegler*), теорија адекватности код Брунса (*Bruns)*, образложење субјективне теорије о саучесништву код Вебера (*We ber*), идеја о дужности код Еберта Шмита (*Schmidt*), каузални појам код Хорна (*Horn*) и, коначно, учење о радњи код Велцела (*Welzel*), о овом вид. више C. Roxin, 64.

[21] Становиште Великог сената (већа) Савезног суда Немачке у одлуци BGHSt 3, 65.

и на једном природном плану нечињење не егзистира као радња (пуко мировање, непокретање, пасивно држање). Код нечињења се узима у обзир одређено социјално држање неког лица код којег се очекује одређено понашање, конкретније које је имало обавезу на одређено понашање, тако да пасивно држање вређа такве обавезе. Конститутивно, централно обележје нечињења није зато „не чинити" – већ „не чинити нешто одређено, очекивано". Нечињење је основа бројним кривичним делима, „оно је њихова радња извршења",[22] те се пропуштањем дужног чињења угрожавају или повређују заштићена добра. Нечињењем се могу извршити она дела у којима је нечињење (пропуштање) одређено као кривично дело, затим дела која се могу извршити и чињењем и нечињењем, док се нека дела уопште не могу извршити нечињењем. Специфичност радњи код нечињења, које имају социјалну релевантност и тиме кривичноправну, а које не карактеришу атрибути натуралне природе (вољно испољен телесни покрет), захтева објашњење у оквиру социјалног учења о радњи.[23] Наиме, социјалне теорије подразумевају нормативну оцену и вредновање одређене људске радње према спољном свету и друштвеној стварности,[24] тако да се радња одређује као „друштвено релевантно испољавање личности". Нечињењем се, пре свега, извршавају она дела код којих је радња извршења негативно одређена. Но, нечињењем се врше и она дела која се по правилу врше чињењем и чија је радња у закону активно постављена. Радња која се огледа у пасивном држању учиниоца, „пропуштању да се предузме одређено чињење" или „пропуштању дужног чињења" одређена је у чл. 15 КЗ. У првом случају извршилац дела је онај који је пропустио одређено чињење на које је законом био обавезан и тиме је повредио *императивну* норму[25] (права кривична дела, ст. 1), а у другом случају се извршава дело које је законом одређено као чињење, ако је учинилац пропуштањем дужног чињења остварио

---

22 Franjo Bačić*, Krivično pravo opći dio*, Zagreb 1986, 173.

23 Иначе, резултати каузалних теорија у многим случајевима нису задовољавајући ни код одређивања дела чињења у разним облицима извршилаштва и саучесништва.

24 З. Стојановић, 105.

25 По мишљењу Таховића, кривична дела нечињења противна су нормама које налажу, захтевају одређено понашање, тзв. *императивне норме*, а супротно, кривична дела чињења противна су нормама које забрањују извесно понашање, тако зване *прохибитивне норме* (*курзив* Н. Ј.)., Ј. Таховић, 104. Када су у питању права кривична дела нечињења, није спорно да се тиме повређују императивне, наређујуће норме, али када су у питању тзв. неправа кривична дела ту постоје разлике у теоретском схватању, па се чак истиче да се нечињењем могу само повредити императивне норме, а не и прохибитивне норме. Цетинић, сматра да „и правим и неправим кривичним делима пропуштања крши се увек наређујућа, тј. императивна норма", Маринка Цетинић, *Кривична дела пропуштања* (докторска дисертација), Београд 1990, 177 178, 181 182.

обележја тог дела и тиме је повредио *прохибитивну* норму.[26] Овде се „дужно чињење“ заснива на „правним дужностима“ које проистичу из других грана права (неправа кривична дела, ст. 2). Одмах треба рећи да се и у првом и у другом случају ради о извршиоцу дела који се у теорији назива „гарант“.[27] С обзиром на то да саучесник није извршилац дела, већ да својим радњама даје само допринос извршењу дела, и саучесник се, с обзиром на своје законом прописане обавезе или дужности чињења, може назвати саучесником „гарантом“. Супротно наведеном постоји схватање да се и код правих и код неправих кривичних дела нечињења увек крши наређујућа императивна норма и с аспекта повреде норме код дела пропуштања нема никакве разлике.[28] Коначно, треба истаћи и треће схватање, које би се могло назвати компромисним. Ако се ова подела темељи на императивној или прохибитивној норми, односно „заповеди“ или „забрани“, сматра се да у суштини свака норма у себи садржи и наредбу и забрану (пример са убиством). Иначе, није мали број теоретичара кривичног права који сматрају да је погрешно разликовање норме „заповести“ и норме „забране“.[29]

3. УЗРОЧНОСТ КОД НЕЧИЊЕЊА

Пре него што се окрене разграничењу извршилаштва и саучесништва нечињењем, потребно је изложити неколико општих питања о узрочности код нечињења. Наиме, код нечињења се поставља старо питање да ли се и нечињењем може проузроковати одређена промена у спољном свету, тј. да ли је нечињење као узрок могуће код правих и неправих кривичних дела нечињења.[30] Ово из разлога што постоје теорије које говоре да је и ту каузалитет могућ као и

[26] Таховић сматра да су основне норме ових кривичних дела оне исте забрањујуће норме на којима се заснивају одговарајући облици ових кривичних дела извршених чињењем, такозване прохибитивне норме, вид. Ј. Таховић, 104.

[27] Теорија гаранта приписује се Наглеру (*Johannes Nagler*), који је још у свом делу *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung der Gerichtssaal* из 1938. године, први развио поделу на праве или неправе гарантивне омисивне деликте, „Учинилац пропуштања се има сматрати гарантом за ненаступање последице од које зависи да се енергија, која је у супротности са правом, отклони или учини нешкодљивом“.

[28] На овом становишту је М. Цетинић, 282. Сматрамо да је тачно да се пропуштањем вређа „дужно чињење“, које је засновано на некој правној дужно сти, али тим пропуштањем се не вређа само та норма, већ пропуштањем долази до остварења дела које је утемељено на *прохибитивној норми*, норми забране.

[29] Schmidhäuser, Nagler, Liszt, Schmidt, Baummann, Maurach и др, нав. према, М. Цетинић, 178.

[30] Питање узрочности код кривичних дела нечињења у науци је спорно, али нарочито се код неправих кривичних дела нечињења оспорава узрочност.

код чињења, до потпуно супротних теоретских схватања, да се код пропуштања не може говорити о каузалитету у природном смислу, као природном закону, јер то подразумева активно понашање. Још су Фојербах и други (*Feuerbach, Garrera, Ortalon*) сматрали да се извесна дела могу извршити нечињењем, али нису испитивали карактер тог нечињења с гледишта узрочности, већ су се задовољавали његовом *противправношћу*, што је доследно заступао Лист (*Franz v. Liszt*).[31] Он је сматрао да „из ничега не може ништа ни бити" (*aus nichts kann nichts werden*), а да је нечињење „самостална форма кривичне радње".[32] После оваквих теоретских схватања, померала се мисао и у правцу схватања да се и нечињење доведе у узрочну везу са наступелом последицом – кривичним делом (*Krug, Luden, Cirkler)*.[33] Не улазећи у различита теоретска схватања која траже узрочност у нечињењу, поменућемо само теорију нечињење – услов,[34] код које се сматра да је услов последице све оно што је допринело произвођењу исте, другим речима, без чега она не би била произведена. Тада је нечињење *негативни услов*. Наиме, и код чињења сваки услов није узрок последице, па исто тако свако нечињење услов није узрок последице у питању, али није искључено да буде.[35] Коначно, према Живановићу, и нечињење може бити услов, па према томе и узрок последице у питању.[36] Иако се овде упућује на разликовање радњи које чине услов и радњи које чине узрок последице у питању као могућег методолошког пута за разликовање извршилаштва од саучесништва код нечињења, ни овај подухват није без озбиљних недостатака, пошто је тешко одвојити услове који су узрок последице у питању од оних услова који то нису, али су умешани у узрочни ток. У сваком случају, код нечињења каузалитет није могућ као природна законитост, али је општепроширено мишљење да је специфичан

[31] Franz v. Liszt, Eberhard Schmidt, *Lerbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin Leipzig 1932[26], 171. Ово је дословно пренесено у уџбенику Тома Живановић, *Основи кривичног права Краљевине Југославије*, *Општи део*, I, Београд 1935, 171.

[32] Код нечињења не може бити узрок последице у питању, те такво дело постоји без узрочности као састојка, вид. F. v. Liszt, E. Schmidt, 171, те Т. Живановић, (1935), 174.

[33] Миодраг Аћимовић, *Кривично право*, *Општи део*, I, Суботица 1937, 54. Према Н. Срзентићу у кривичном праву процењује се узрочност између радње чо века и последице која је наступила. Значи да се у кривичном праву мора водити рачуна о финалној (целисходној), а не елементарној узрочност, вид. Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, 147.

[34] Т. Живановић, (1935), 175. Вид. опширније Н. Јованчевић (2008), 179, као и F. v. Liszt E. Schmidt, 171.

[35] Т. Живановић, (1935), 175.

[36] Живановић је у оквиру дефиниције о узроку устврдио да и нечињење може бити узрок последице у питању (теорија нечињење услов), Т. Живановић, (1935), 175. Надаље, у истом смислу, Тома Живановић, *Основни проблем кривичног права и друге студије* (*Класици југословенског права,* књ. 4) Београд 1986, 271, 283.

каузалитет могућ, или да је могућ само *хипотетички каузалитет*.[37] Супротно онима који налазе узрочност нечињења као и код чињења, Маурах сматра да веза која се успоставља између понашања учиниоца (пропуштања) и последице није природно пропуштање *(Nichtstun*), него *друштвено-социјално* пропуштање (*Etwas-nicht-Tun*). Отуда је „очекивана радња" код дела нечињења хипотетички феномен, а фактичко је питање које је радње учинилац требало да предузме да би спречио наступање последице.[38] У нашој теорији преовлађује мишљење да је специфична узрочност могућа и код кривичног дела нечињења (пропуштања).[39] По мишљењу Стојановића,[40] узрочност код нечињења се не може решавати као код чињења и мора се поћи од „социјалног значаја пропуштања", а код тога потребно је уносити и нормативне, односно правне елементе, да би се дело објективно могло приписати гаранту.[41] Ако се узрочност код нечињења састоји у „пропуштању да се један узрочни ланац скрене са свог редовног тока, чиме долази до забрањене последице", то је у ствари исто хипотеза – *хипотетичка узрочност*.[42] Ако се пође од тога да је нечињење релевантно само ако је законом одређено „кажњиво пропуштање као такво" или ако учинилац „пропуштањем дужног чињења" није спречио наступање последице, то онда упућује на одређене правне дужности.[43] Због тога мислимо да узрочност код нечињења треба везати за *правне дужности* учиниоца који свесно и вољно пропушта одређено чињење противправним поступањем, које има друштвено

[37] K. Kühl, 585; H. H. Jescheck, T. Weigend, 608, 618 620; З. Стојановић, 118, као и Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, 147 148.

[38] Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht*, *Algemeiner Teil*, FC Müller, Karlsruhe 1971[4], 592.

[39] Тако Н. Срзентић и др. наводе: „по нашем мишљењу пасивно држање човека може да произведе одређену последицу. Истина произвођење последице нечињењем има своје специфичности оно се састоји у пропуштању да се један узрочни ланац скрене са редовног тока, али та специфичност својствена је узрочно сти у друштву, узрочност која има карактер целисходности", Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, 148.

[40] З. Стојановић*,* 117,118, 119.

[41] З. Стојановић*,* 105. Иначе, ово схватање се може довести у везу са Рокси новом теоријом о објективном урачунавању, која на простору Немачке добија све већи значај, нав. према З. Стојановићу, 117.

[42] З. Стојановић, 105. У науци се поставља и питање о најадекватнијој теоријској подлози за хипотетичку узрочност, односно да ли је то теорија *адекват на* или *concitio sine quo non*. Мишљења су подељена. Ипак у Немачкој сматрају да је теорија *coditio sine quo non* дала слабе резултате код кривичних дела пропуштања (*H. H. Jescheck* и др.).

[43] Тако су инжињери, предузимачи, лекари, хемичари, и овима подобна лица у извршењу радње своје професије, дужна да предузимају све потребне мере против опасности и несретних случајева који прете другим лицима, а ако ове мере пропусте и тиме проузрокују последицу, одговарају за кривично дело, у чије биће последица улази, нав. према М. Аћимовић, 55.

релевантни одраз и основу за прекор. У немачкој кривичноправној догматици и у судској пракси, узрочност у физичком смислу је без значаја за кривична дела нечињења, а код тога утврђења узимају се у обзир и социјални и нормативни аспекти.[44] У више одлука Врховни суд Немачке заузима исто становиште, које се може у најкраћем свести на то да „при утврђењу узрочности код кривичних дела нечињења правно очекивану радњу (чињење које је по закону обавезно) треба довести у везу са вероватноћом да последица (чије је спречавање по закону обавезно) неће наступити".[45]

4. ИЗВРШИЛАШТВО НЕЧИЊЕЊЕМ

Ако се кривична дела нечињења посматрају као деликти против дужности, онда повредом своје ванкривичноправне обавезе кроз нечињење, гарант без даљњег постаје извршилац.[46] У чл. 15 КЗ одређено је да се дело може учинити, нечињењем када закон „пропуштање" предвиђа као кривично дело (ст. 1) или ако учинилац пропуштањем дужног чињења оствари обележја кривичног дела (ст. 2). Но, то не значи да се сва дела чињења могу извршити нечињењем (на пример, крађа се се не може извршити нечињењем – али је могуће саучесништво у делу крађе нечињењем; или давање лажног исказа, чл. 335. КЗ и др).[47] *Права кривична дела*

[44] По становишту Врховног земаљског суда у Карлсруеу „да се радње чињења и нечињења не могу разлучити чисто емпиријски сходно каузалним теоријама, већ тако што ће се на основу *нормативног* разматрања и оцене социјалног смисла ин криминисане радње утврдити тежиште кривичнопраног релевантног понашања", Димитрије Павловић, „Кривична дела нечињења у пракси судова Савезне Републике Немачке" *Бранич* 4/1995, 57 58. За дела нечињења вид. § 13 StGB у коме се појам кривичног дела нечињења везује за законску обавезу на чињење (у даљем тексту ће се наводити ознаке одлука немачких судова према преводу Д. Павловића у помену том раду). Опширније вид. K. Kühl, 585 591.

[45] Д. Павловић, 58.

[46] Према Роксину, саучесништво кроз нечињење може доћи у обзир само у случају, када се обележје дела не може остварити нечињењем, на пример, код својеручних деликата и код деликата са субјективним елементима обележја дела, који неком спољном лицу нису доступни, вид. C. Roxin, 702. У литератури и пракси се заступа мишљење да се поред извршиоца дела нечињењем може појавити једино помагач, ако постоји активни извршилац радње, али и тако владајуће учење почиње да се колеба., вид. C. Roxin, 702, 707.

[47] Код неких кривичних дела, која се могу извршити само са једним одређеним својством, тзв. *delicta propria* (властита дела) сваки саизвршилац мора имати то својство. Ако нема то својство па макар деловао тако да је носилац радње извршења или *cum animus auctoris*, он може да буде само подстрекач или помагач, али не саизвршилац, што је довело до тога да заступници субјективне теорије у овим случајевима изврше кориговања својих становишта и до ограничене субјективне теорије о саизвршилаштву. Вид. Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, 272.

нечињења[48] могу се извршити само „нечињењем када закон пропуштање да се предузме одређено чињење предвиђа као кривично дело" (ст. 1). Пропуштање је законодавни мотив, те је кажњиво. Овде се субјекту радње предочавају правила понашања која су обавезна. Ту избора нема у смислу чињења или нечињења. Кажњиво је пропуштање као такво. Диспозиција норме је принудна, па се зато и зову принудне или императивне норме (на пример, непријављивање припремања кривичног дела из чл. 331, непријављивање кривичног дела и учиниоца из чл. 332, неиспуњење и напуштање дужности за време борбе из чл. 424 КЗ, избегавање војне обавезе из чл. 394, излагање опасности из чл. 125, напуштање немоћног лица из чл. 126, непружање помоћи из чл. 127 КЗ, и др). Код *неправих кривичних дела нечињења*[49] радња извршења је тако постављена да „нечињењем може бити учињено и кривично дело које је законом одређено као чињење, ако је учинилац пропуштањем дужног чињења остварио обележја тог кривичног дела" (ст. 2). Дакле, кажњиво је пропуштање дужног чињења, а које се огледа у неспречавању наступања последице.[50] На пример, убиство може бити извршено и чињењем и нечињењем (на пример, када мајка малом детету не даје храну). За неправа кривична дела нечињења главно је питање постојање „дужности чињења", те га може извршити само лице које је имало дужност чињења.[51] Постојање правне дужности која проистиче из неких других прописа мора се утврдити у сваком конкретном случају, да би се радило о гаранту као учиниоцу дела. Уколико гарант свесно и вољно пропусти да предузме одређену радњу на коју га обавезује нека друштвена норма, па због тога наступи последица дела, он се сматра извршиоцем дела. У науци и пракси нису спорни следећи основи „дужности"

48 Оваква подела се налази и у § 13 немачког Кривичног законика /StGB/, верзија од 1987. године (прев. Д. Павловић), Центар маркетинг, Београд 1998. У пракси немачких судова, права кривична дела нечињења су она код којих се радња извршења састоји у пропуштању радње чије извршење налаже закон (на пример, кривично дело непријављивање злочина §138 StGB или неиспоручивање радиоактивног отпада § 326 ст. 2. StGB).

49 Неправа кривична дела нечињења, према становишту Великог кривичног сената (већа) Савезног суда (*Grosser Senat in Strafsachen* GrSSt), су она кривична дела код којих је учинилац као гарант обавезан да спречи последицу. Пропуштањем радње којом се последица могла спречити у вредносном смислу остварује се после дица која одговара последици код кривичног дела чињења, BGHSt 280, 281.

50 Зоран Стојановић, *Коментар КЗ Србије,* Београд 2009[2], 79.

51 Судска пракса немачких судова је сагласна да нечињење не представља па сивно нечињење, већ непредузимање тачно одређене и законом обавезне радње. Која ће радња бити „законом обавезна радња" фактичко је питање. На пример, ко није у могућности или не зна да укаже помоћ повређеном може и има законску обавезу да позове лекара или хитну помоћ. Подразумева се да закон обавезује на вршење само оних радњи које је физички и објективно могуће извршити, Д. Павловић, 59. Из овог се види да је оваква концепција у целости у складу са одредбом чл. 15 КЗ.

који се темеље на: 1) законском пропису, 2) неком правном послу, уговору или службеном односу или 3) дужности заснованој на претходном чињењу (на пример, хирург који почне операцију дужан је да је доврши).[52]

Ретки су примери објављених одлука наших судова које се односе за дела нечињења,[53] али зато у немачкој пракси толико има пресуда у којој се разјашњавају животни случајеви нечињења у разним облицима да би било пожељно детаљније их приказати. У бројним одлукама се упућује на разграничење дела чињења и нечињења сходно социјално-персоналним теоријама.[54] Тако се у једном примеру поставило питање да ли је вожња без светала, радња чињења или нечињења. У првом случају радило би се о повреди прохибитивне норме, а у другом случају о повреди императивне норме. Закључено је да се ипак ради о радњи чињења. Она три основа која усваја теорија и пракса која се односи на „правну дужност" нису спорни, „међутим ако се пође од става да су релевантне моралне и друштвене дужности", онда се претходно чињење којим је створено опасно стање, може неконтролисано проширивати и тако би се знатно проширила сфера неправих кривичних дела нечињења.[55] У литератури се наводе бројни случајеви који остављају дилему у погледу дужности чињења. Тако је питање да ли заједница живота намеће дужност чињења, као и да ли ту дужност намећу неки облици тазбинског или крвног сродства. У немачком праву положај гаранта може се сагледати код посебних правних односа, и то: код односа између

[52] Овде се ради о старој теорији то је тзв. *теорија извора* или *формална теорија правних дужности* (класична теорија). Њој се приговара да гарантне дуж ности одређује са формалног становишта, не упуштајући се у садржину гарантних дужности. Ту се не веже заштита за одређена добра или да се обезбеди контро ла над извором опасности. О *функционалној теорији,* вид. више H. H. Jescheck, T. Weigend*,* 620 621. Надаље, о модерном схватању гаранта дужности, вид. Хафтов шематски приказ структуре гаранта код пропуштања. Он истиче, да модерне теорије полазе од тога да су могуће две основне позиције из којих могу настати обавезе гаранта: обавеза заштите за одређене *изворе опасности* (одговорност због пропуста) и обавеза заштите *одређених правних добра* старатељство (обавезе старатеља и родитељске обавезе). У даљој разради, за изворе опасности, то се односи: 1. само на изазване изворе опасности (претходно чињење), 2. на отклањање опасности за које је извршилац контролор извора опасности и 3. на отклањање опасности од људи. Детаљније вид. F. Haft, 183 185.

[53] Прегледом судске праксе Окружног суда у Београду и Врховног суда Србије, за период од последњих пет година, нисмо нашли одлуке које се односе на кривична дела нечињења пропуштања или такве евиденције не постоје, што би био посебно велики пропуст.

[54] OLG Karlsruhe GA, 1980, 429, вид. Д, Павловић, 57 58. За дела нечињења вид. § 13 StGB у коме се појам кривичног дела нечињења везује за законску обавезу на чињење.

[55] На ово упозорава З. Стојановић, (2006), 111.

супружника,[56] сродника по правој линији,[57] васпитача и несродног васпитаника,[58] браће и сестара и вереника,[59] али из образложења пресуда се не налази генерална обавеза на дужност чињења, већ то зависи од околности сваког конкретног случаја. Према томе, природа оваквих односа може наметнути и дужности на чињење, којим би се отклонила опасност од неког лица. Тако је у једној пресуди Врховни суд заузео став да је власник стана као гарант дужан да спречи да његови гости опљачкају подстанара, јер је станодавац дужан да гарантује такву врсту заштите.[60] Постоји и обавеза која произлази из животног заједништва и заједништва у опасности. У пракси је неспорно да постоји обавеза на основу претходне радње, али када се радње чињења и нечињења испреплићу, потребно је користити мешовите теорије. У једном случају окривљени је покушао да изазове побачај, након чега се родило живо дете. Након тога је мајка оца детета удавила дете, док је окривљени то само посматрао. Остало је спорно да ли га треба казнити као извршиоца или помагача. Код овог суд инсистира на унутрашњој оријентацији воље према делу и према последици. За последицу уклањања детета нарочито је била заинтересована мајка. Окривљени се могао бојати да би се могао леш открити. Овде се ради о комбинацији долусне теорије и теорије власти над делом. Суд је пресуду засновао на интересу, а питање владавине над делом је непримењиво.[61] У погледу саизвршилаштава кроз нечињење могуће су разне комбинације уколико су саизвршиоци имали дужност чињења. Код саизвршилаштва и саучесништва би се примењивала општа правила о саизвршилаштву, док код саучесништва у ужем смислу има одређених одступања. Код овог би била потребна свест о заједничком непредузимању тачно одређене и законом обавезне радње. Која ће радња бити законом обавезна, фактичко је питање. Овде је могућ случај „невршење службене дужности“ од стране службених лица (чл. 359 КЗ) или „пропуштање дужног надзора“ (чл. 361 КЗ), и сл. У опису неких дела где се радња одређује и оставља могућност да то буде и „на други начин“, сматрамо да је то могуће и пропуштањем дужног чињења.

[56] BGHSt 2, 150.

[57] BGHSt 7, 19, 167, 268.

[58] BGHSt 55, 104.

[59] BGHSt 66, 71.

[60] BGHSt 69, 321.

[61] C. Roxin, 96.

5. САУЧЕСНИШТВО НЕЧИЊЕЊЕМ

У Закону се изричито не говори о саучесништву нечињењем (подстрекавању или помагању), мада се одређује извршење дела нечињењем (чл. 15 КЗ). Но у Закону стоји кривично дело „учињено нечињењем" (ст. 1), или „пропуштањем дужног чињења" (ст. 2). С обзиром на то да се под учиниоцем сматрају извршилац, саизвршилац подстрекач и помагач (чл. 112, ст. 11), није сасвим јасно како саучесник може да извршава дело, јер не може бити носилац радње извршења, већ само даје допринос извршењу. Али, у овом случају сматрамо да се ради о саучесницима који дају допринос извршењу дела, па се намеће даље питање, да ли се однос између саучесника и извршиоца код нечињења може посматрати по акцесорној теорији или другачије, с обзиром на обавезе „гаранта" сходно „опасности за правно добро" и „могућности деловања", што би представљало одступање од правила акцесорности. Иначе, саучесништво кроз нечињење може доћи у обзир код извршења кривичног дела чињењем и нечињењем. Тако се саучесништво нечињењем може разматрати у три правца: прво, саучесништво чињењем у делу нечињења; друго, саучесништво нечињењем у делу чињења; и треће, саучесништво нечињењем у делу нечињења.

У првом случају могуће је саучесништво као и подстрекавање и помагање, у другом и трећем искључено је подстрекавање, а могуће је помагање као и саизвршење. Дакле, саучесништво код кривичних дела нечињења може се остварити само помагањем – на пример, када један гарант нечињењем пружа помоћ другом гаранту, док се подстрекавање нечињењем по природи искључује. У пракси су чешћи случајеви саучесништва када лице које нема положај гаранта чињењем подстрекава гаранта на нечињење или му чињењем у томе помаже.[62] Није од догматског значаја да ли се допринос саучесника односи на права или неправа дела нечињења или се допринос односи на дела извршена чињењем или нечињењем. Саучесништво је могуће код извршења нечињењем и у оним случајевима који у науци и пракси нису спорни по основи и темеље се на законском пропису, неком правном послу, уговору или службеном односу или дужности заснованој на претходном чињењу. Подстрекавање на извршење дела нечињењем је класичан пример саучесништва у делу чињењем подстрекавања на нечињење гаранта. На пример, лице А наводи гаранта обезбеђења, лице Б, да пропусти дужно чињење, (не врши стражарску службу), како би лице Ц извршило крађу. Ту се могу применити општа правила о саучесништву и подстрекавању. Коначно, пошто није могуће подстрекавање нечињењем, у овом случају отпада

[62] По становишту Савезног суда Немачке, за саизвршилаштво код кривичног дела нечињења не постоје посебна правила, већ се примењују општа правила о са извршилаштву. Одлука BGHSt, 24 I 85.

могућност саучесништва или саизвршилаштва. Постоји мишљење да је могуће подстрекавање и нечињењем, тзв. негативно подстрекавање, тј. „неотклањање мотива“ за кривичну одлуку (при постојању обавезе на чињење).[63] Ако се има у виду правна природа подстрекавања (акцесорна) и појам радње којом се може остварити подстрекавање (социјално-персонално), веома је тешко схватити извршење радње нечињењем код подстрекавања.[64] Неотклањање мотива би могла бити форма помагања у смислу пасивног држања гаранта, а никако подстрекавање, јер је подстрекавање активна радња којом се ствара, изазива одлука или учвршћује колебљива. Но, овде постоји и структурални проблем, јер се мотиви код потенцијалног извршиоца налазе у његовој психи или удаљенијој форми у односу на извршење, дакле у сфери некажњивих припремних радњи, па се поставља питање обавезе подстрекача на интервенцију ради отклањања мотива. Ако су мотиви за одлуку испољени, онда је то одлука за извршење дела, па је навођење беспредметно. Отклањање уочених мотива (мотиви нису елемент дела) је врста спречавања извршиоца да проведе своју мотивацију у одлуку за извршење дела, а то може бити само помагач или саизвршилац. Онај ко је одлучан да изврши дело, не може се навести на извршење (*ominimodo facturus*). Иначе, подстрекавање се не може извршити у извршилачким формама. Уколико би било тако, онда би се радило о тзв. извршилачком подстрекавању нечињењем, односно извршењу, а не о подстрекавању (*Hans Welzel* и др).

6. РАЗГРАНИЧЕЊЕ ИЗВРШИЛАШТВА И САУЧЕСНИШТВА КОД НЕЧИЊЕЊА

6.1. Критеријуми за разграничење

Не постоје генерални критеријуми за ово разграничење.[65] По мишљењу Роксина, до сада су пропали сви покушаји да се код дела нечињења разграничи извршење од саучесништва, према генералним критеријумима. Он истиче да се владавина над делом не може применити на кривична дела нечињења, и да су „сви други покушаји диференцијације до сада показали као неизводљиви“.[66] Ово горе развијено учење, да је гарант извршилац дела када повреди своју ван-

[63] Према мишљењу Живановића, „могуће навођење *нечињењем*, тзв. *нега тивно подстрекавање*, насупрот позитивном, али тада је тешко утврдити постојање узрочне везе, а још теже постојање виности“, Т. Живановић, I, 181.

[64] F. Liszt, E. Schmidt, 338, 169 173. Овде се говори о суштини тезе, *aus nichts kann nichts werden* из ничег не може ништа бити. О узрочности нечињењем наука почиње да се бави тек у XIX веку. Сматра се да је то „најнеплоднија борба која се икада водила у науци кривичног права“.

[65] О овом детаљније K. Kühl, 575 582.

[66] C. Roxin, 703.

кривичноправну дужност, потиче од Грунвалда и Кауфмана (*Grünwald* и *Kaufmann*). Но, у ситуацији кад гарант нечињењем допринесе да активни извршилац учини кривично дело, гарант може бити само помагач и то је владајуће мишљење.[67] Но, код овог нема разлога да се искључи и могућност саизвршења. Шта више, по *Stratenwerth*-у, већ сама могућност деловања „чини лице, које је дужно да делује, принципијелно извршиоцем кривичног дела нечињења“![68]

Херцберг (*Herzberg*)[69] је изнео веома значајно учење које није сасвим оригинално, јер делимично следи Роксиново решење,[70] али представља вредан покушај разграничења саучесништва и извршилаштва, на основу разлика између „заштитничких гаранта“, који „са свих страна“ треба да заштите одређена правна добра и „надзорних гаранта“, који морају да контролишу само одређене „изворе опасности“. Према његовом виђењу, код прве групе повреда дужности кроз нечињење (уз ограничење захтева према обележју дела) представља увек извршење, док код друге групе представља само саучесништво. Тако, на пример, ако родитељи не заштите своје дете од угрожавања од стране трећег лица – они су, под претпоставком да делују с умишљајем, извршиоци кривичног дела нечињења. Када неко убици не склони из његовог домашаја лоше заштићени отров, онда се он у односу на убицу сматра помоћником, иако је лако могао да га у томе спречи. Ово диференцирано учење је повезано са Херцберговим посебним појмом радње, према којем је „активно извршено кривично дело... и недостатак обавезног надзора над извором опасности, за коју је посебно одговорно лице, које је пропустило да изврши своју дужност“.[71] Ово учење је сигурно вредно пажње, али се до сада с правом није пробило. Основни разлог је у томе што је практично немогуће разликовање „заштитничког“ од „надзорног гаранта“ и због тога није погодно као основа за свеопште диференцирање. Јакобс, наглашава врло упечатљиво да „се не могу утврдити систематичне консеквенце разликовања између заштитничког и надзорног гаранта, пошто се идентични задаци по правилу могу формулисати и као задаци *заштите* и као задаци *надзора*. *Заштита* једне особе је над-

---

[67] C. Roxin, 702 фн. 575 из које следи да су се овоме придружили и Bockelmann, AT3, 1979, 201 и даље мање убедљиво Bockelmann/Volk, AT4, 1987, 203; H.H. Jescheck, T. Weigend, (1996) 696; Lackner/Kühl, StGB^{23}, 1999., чл. 27, бр. 5; Ranft, ZStW 94 (1982), 815 и даље. За „Надзорне гаранте“ и Schmidthäuser, AT^{2}, 1975, 17/12; StuB2, 1984., 13/13 (овде и за „Сигурносне гаранте из социјалног ранга владајуће области“), све према C. Roxin, 702, фн. 575.

[68] Ово схватање које заступа Рудолфи и Стратенверт (*Rudolphie* и *Stratenwerth*), се поклапа са Роксиновим како сам наводи, цит. према C. Roxin, 702.

[69] Rolf Dietrich Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme*, München 1977, 82, нав. према C. Roxin, 703.

[70] C. Roxin*.,* 703.

[71] R. Herzberg*,* 97 и др, нав. према C. Roxin, 703.

зор од опасности која јој прети, а *надзор* једног извора опасности је заштита дотично угроженог. На пример: да ли је спасилац на базену заштитник гостију од опасности воде или надзире ову опасност“?[72] Јакобс је сам изложио диференцирање, које има нешто више изгледа на успех. Он принципијелно следи схватање које је изнео Роксин,[73] да код деликта дужности сваки гарант који изврши дело нечињења представља извршиоца, уколико се обележја дела уопште могу реализовати путем нечињења. Али, он не сматра да свако неправо нечињење представља деликт дужности.

Јакобс, је изложио учење којим је скренуо пажњу научне јавности о разграничењу на основу „организационих кругова“ и „институционалних надлежности“.[74] Код *организационих кругова* ради се о обавези на основу организационе надлежности за одговорност за опасност (обавеза обезбеђивања саобраћаја, која је преузета у надлежност), а код *институционалних надлежности* кривичноправна одговорност лица које је извршило дело нечињења почива на „обавези на лично жртвовање, на гаранцији солидарности“ (на пример, однос родитеља и деце, брак, односи поверења, државни односи моћи, елементарне службене дужности). Деликти нечињења који се одликују повредама оваквих обавеза исти су као и радње код деликта дужности, тако да се овде у начелу може прихватити извршење. Гарант треба да брине о томе да у неком „организационом кругу“ други не буду оштећени, свеједно да ли ова штета настаје путем чињења или нечињења. На основу тога се може направити разлика између саизвршења и помоћи, као и код деликта кроз чињење: битно је само у којој мери лице које је одговорно за нечињење учествује у извршењу дела. Вредност овог Јакобсовог учења зависи од тога да ли ће се моћи јасно разликовати према одређеним и утврђеним критеријумима „организациони кругови“ од „институционалних дужности“. Ово Јакобсово учење, које у већини случајева води до утврђивања извршења код гаранта који није реаговао против извршења кривичних дела, се у полазишту и у резултату знатно поклапа са ставом који у овом заступа Роксин.[75]

Вагнер (*Wagner*)[76] је посебно у области *злоупотребе службеног положаја* обрађивао питање разграничења између извршења и

[72] C. Roxin, 703. Још пре њега Arzt (JA 1980, 55) је истакао своју критику, да недостаје „практично раздвајање између заштитничког и надзорног гаранта“; поред тога се „није пронашло убедљиво објашњење за то да ова разлика треба да утиче на извршење односно саучесништво“, нав. према C. Roxin, 704.

[73] C. Roxin, 702 707.

[74] C. Roxin, 704.

[75] У односу на ово учење Роксин наводи: „оно ми се чини као важан допри нос даљем развоју учења о деликтима дужности“, C. Roxin, 704

[76] Heinz Wagner*, Amtsverbrechen,* Duncker & Humblot; Berlin 1975, 256 253.

саучесништва код нечињења. Он сматра да онај који је „вршилац одређене дужности за коју се може рећи да се врши као дужност државе, па пропусти да спречи повреду индивидуалног права трећег лица, сматра се извршиоцем дотичног деликта против државне обавезе". Вагнер жели, наравно, да „за коинцидентно нечињење службене дужности" у два случаја истакне другачије решење. Када подређени и надређени заједно пропусте да спрече кривично дело, надређени треба да буде извршилац кривичног дела нечињења, док подређени треба да се казни само због пружања помоћи нечињењем. Исто тако, када од два вршиоца дужности истог ранга само један носи пиштољ, у случају обостраног нечињења, извршилац кривичног дела је онај наоружани, док је насупрот томе, онај ненаоружани, који је требало и морао да подстакне овог другог на успешно чињење, само помоћник кроз нечињење. Пошто се вршилац дужности, који је супротно својој обавези пропустио да спречи кривично дело, посматра као извршилац у Вагнеровом учењу, онда у случајевима када постоји активни вршилац радње између њега и успеха, није потпуно јасно због чега би код постојања још једног лица које врши нечињење требало да важи нешто друго.[77] Велики подухват за спасавање тезе да гарант који није реаговао против извршиоца кривичне радње може да буде само помоћник, предузео је Ранф (*Ranft*).[78] Међутим „главни разлог" који он наводи не делује уверљиво. Он сматра да се нечињење гаранта у спречавању деликта у односу на извршиоца неке радње мора обрађивати *аксцесорно* и да се гарант на основу тога може сматрати само помоћником. Као доказ за то наводи да позиција гаранта зависи од умишљаја извршиоца дела: „Да ли мајка, која се са шалом у рукама приближава детету, жели да га загреје или да га угуши – од тога зависи обавеза оца да реагује". Али, у овом случају, истиче Роксин, као и у другим случајевима које Ранф наводи, не ради се о акцесорности, већ о томе, да мора постојати *опасност* за правно добро заштићено обележјима дела. За постојање такве опасности може, наравно, бити важно постављање циља од стране оних лица против којих треба да се реагује. Али, оно ни у ком случају то не мора: отац наравно треба да спречи и убиство детета из нехата од стране мајке. Ако је отворених очију пусти да то уради, онда је он извршилац убиства путем нечињења. Обавеза гаранта није, дакле, акцесорна и ова околност пружа аргумент против решења да се ради о помоћи.[79]

---

[77] C. Roxin, 705, 706 наводи да му *Wagner* ова напомена уз чл. 357 КЗ не делује уверљиво. Ако претпостављени дозвољава да његови подређени врше дела против дужности и због тога буде кажњен као извршилац, тада то само потврђује појам извршиоца деликта дужности, али не објашњава ништа о чистој помоћи подређеног нити оног који је одговоран за нечињење извршено у сарадњи са подређеним.

[78] ZStW 94 (1982), 815 и др*,* нав. према, C. Roxin, 706,

[79] C. Roxin, 706.

Други разлог за акцесорност нечињења гаранта Ранф види у његовој зависности од кривице главног извршиоца дела. Али у овом, као и у другим случајевима које наводи Ранф, се не ради о акцесорности, већ о томе да мора постојати опасност за правно добро заштићено обележјима дела. За постојање такве опасности може, наравно, бити важно постављање циља оних лица против којих треба да се реагује. Констелација случаја нема никакве везе са акцесорношћу нечињења гаранта.[80] У концепцији акцесорности сходно КЗ Србије, овде се не би могла повезивати кривица извршиоца с одговорношћу саучесника, јер је она индивидуална и лична.

6.2. Однос неких института код дела нечињења

У погледу осталих општих института из КЗ Србије који се не могу заобићи код дела нечињења у различитим облицима, одредбе о *умишљају* су исте као и код дела чињења: дакле „свест о последици и хтење последице" постоји код кривичних дела нечињења, независно од тога што код „радње извршења" која се састоји у „невршењу очекиваног понашања", односно „дужног чињења", недостаје „вољно активно чињење".[81] *Стварна и правна заблуда* код кривичних дела нечињења се примењује у пуном законском смислу. Наиме, заблуда о стварним околностима из којих произлази обавеза гаранта да спречи наступање последице поистовећује се са стварном заблудом, а заблуда о дужности на чињење са правном заблудом.[82] Код неправих кривичних дела нечињења могућ је *покушај*, како свршени тако и несвршени,[83] док права кривична дела пропуштања не могу бити покушана. Овакво становиште које је прихваћено не само у нашој

[80] Вид. опширно, C. Roxin, 706. Овде се мисли на пример који наводи *Ranft*, када особу А нападне 14 годишњи син особе Б, тада особа Б не би смела да реагује у корист свог сина и да спречи особу А у извршењу законите радње самоодбране.

[81] Овакво становиште произлази из више одлука Савезног суда Немачке. У једној одлуци се истиче да је умишљај нечињења „заправо одлука између нечињења и могућег чињења (учинилац је одлучан да не изврши радњу коју је могао и био ду жан да изврши)". У другој одлуци истог суда „умишљај постоји када је учинилац из разио вољу на нечињење и поред тога што је био свестан свих објективних обележја дела, своје обавезе на чињење и чињенице да је отклањање последице било могуће", одлуке BGHSt 299, BGHSt 795.

[82] Овакви ставови Великог кривичног сената Савезног суда изнети су у BGHSt GRSt 84, I 155.

[83] Велики кривични сенат (веће) Савезног суда се у једној одлуци изјаснио о покушају код кривичних дела нечињења. По становишту Великог кривичног се ната покушај постоји само ако је одлука на чињење била уочљивим поступцима манифестована на јасан начин. Несвршени покушај постоји када се према предста ви учиниоца последица могла отклонити накнадним предузимањем радње која је првобитно (код благовременог чињења) могла и требало да се предузме. Сврше ни покушај постоји када према представи учиниоца, накнадно предузимање радње

науци, аргументовано је оспоравао Кауфман,[84] сводећи идеју на то да „пропуштање није могуће код покушаја". У погледу *одговорности и кажњивости*,[85] код извршилаштва и саучесништва нечињењем важе општа правила о одговорности и кажњивости са свим специфичностима одређеним у чл. 36 и 37 Кривичног законика.

7. ЗАКЉУЧАК

Кривична дела остварена нечињењем, односно пропуштањем дужног чињења, имају бројне специфичности у односу на дела чињења, па се због тога сматрају структурално различитим и не могу се изједначити. Извршилаштво нечињењем је законом предвиђена могућност извршења дела одређена у чл. 15 КЗ, док се у закону не говори о саучесништву нечињењем (подстрекавању и помагању). Зато се саучесништво нечињењем одређује према теоријским схватањима која се темеље на општим и посебним одредбама КЗ и на судској пракси. Нечињење од стране саучесника представља допринос извршењу дела кроз одређено нечињење дужног чињења. Правне дужности су функционално везане за одређеног гаранта тих дужности и пропуштањем вршења преузетих или законски наметнутих обавеза гарант постаје извршилац дела. И у овој ситуацији гарант као саучесник нечињењем (и то изричито помагач) може доћи у обзир и дати свој допринос извршењу дела. Одговорност гаранта (извршиоца или саучесника) може бити утемељена како на императивним, тако и на прохибитивним нормама. Тако се, поред неспорних случајева који се темеље на императивним нормама, све више проширује одговорност гаранта и на дужности засноване на прохибитивним нормама, на „правне дужности" које представљају одређене „друштвене дужности" (заједница живота, крвно или тазбинско сродство и сл.), али се не може одредити генерална обавеза на дужности чињења, већ то зависи од околности сваког конкретног случаја. У КЗ се налазе основи за шире „правне дужности" и шире основе за одговорност и кажњивост гаранта (извршиоца и саучесника) за нечињење. Саучесништво нечињењем могуће је, иначе, код извршења дела чињењем и нечињењем и то изричито помагањем, док је искључена могућност

чињења више није довољно за отклањање последице, већ су за то потребне друге мере. Вид. Д. Павловић, 62 63.

[84] Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959. Његова логична теза је да „без почетка нема ни краја", 316, 221 и др. Ова теза је неприхватљива, јер код свршеног покушаја убиства пропуштањем, где смрт још није наступила, не би се могло квалификовати као убиство у покушају.

[85] М. Ђ. Ђорђевић, 59; Мирослав Ђорђевић, „Утицај личних околности на кривичну одговорност и кажњивост саучесника", *Анали Правног факултета у Београду* 3 4/1963, 548.

подстрекавања нечињењем. Иако се сматра да не постоје генерални критеријуми за разграничење извршилаштва и саучесништва, после изложених аргумената чини се да је ипак најадекватније оно које би се вршило на основу социјално-персоналне теорије. У најновијим научним дискусијама о разграничавању између извршења и саучесништва код нечињења постоје различита мишљења, која своје корене немају у учењу о саучесништву, већ у неразјашњеним основним питањима догматике нечињења.

Dr. Nedeljko Jovančević

Belgrade-based Attorney

COMMISSION AND COMPLICITY BY OMISSION

Summary

Criminal offences committed by omission or failure to act duly are in many respects specific and distinct from offences committed by acts and are, therefore, considered structurally different and cannot be equalled. Commission by omission is stipulated as a criminal offence in Article 15 of the Criminal Code, while the law makes no mention of complicity by omission to act (instigating and aiding). Complicity by omission is, therefore, determined by theoretical considerations which are based on general and specific provisions of the Criminal Code and jurisprudence. Omission by an accomplice to act contributes to the commission of an offence through some form of failure to act duly. Legal duties are functionally associated with a specific guarantor of such duties and by omitting to act on any duties assumed or imposed by the law such guarantor becomes an offender. In this context, the guarantor as an accomplice by omission (explicitly abettor) may become relevant and contribute to the commission of an offence. The liability of the guarantor (offender or accomplice) may be based both on imperative and on prohibitive norms. Thus, in addition to the undisputed cases based on imperative norms, the liability of the guarantor is increasingly interpreted to also include duties based on prohibitive norms, i.e. „legal duties" which represent specific „social duties" (community of life, blood or in-law relationship, etc.). However, it is not possible to provide for a general obligation based on the duty to act; instead, this is defined according to the circumstances of each individual case. The Criminal Code incorporates the foundations for broader „legal duties" and broader grounds for liability and punishability of a guarantor (offender or accomplice) for omission. Complicity by omission is possi-

ble in committing an offence by acting and filing to act, explicitly in the form of aiding, while the possibility of instigation by omission is ruled out. While it is accepted that there are no general criteria for distinguishing commission from complicity, the most plausible ones appear to be those based on the social and personal theory. The latest scientific discussions of the distinctions between commission and complicity by omission have offered various opinions, rooted not in the theory of complicity, but in the unresolved core issues of the dogmatics of omission.

Key words: *Commission. – Complicity. – Omission. – Guarantor. – Imperative and Prohibitive Norms. – Social and Legal Duties.*

ПРИЛОЗИ

УДК 348(497.11)

Др Танасије Маринковић*

ПРИЛОГ ЗА ЈАВНУ РАСПРАВУ О УСТАВНОСТИ ЗАКОНА О ЦРКВАМА И ВЕРСКИМ ЗАЈЕДНИЦАМА

О уставности Закона о црквама и верским заједницама вођена је јавна расправа у Уставном суду Републике Србије октобра 2010. године. У овом раду припремљеном за ту расправу разматрају се право на слободу вероисповести, забрана верске дискриминације и начело световности државе зајемчени Уставом Републике Србије од 2006. године. Полазећи од значења ових појмова у јуриспруденцији Европског суда за људска права и у упоредном праву, и служећи се нормативним и историјским методом тумачења, аутор долази до закључка о неусклађености појединих одредаба Закона о црквама и верским заједницама са Уставом Републике Србије и Европском конвенцијом за заштиту људских права.

Кључне речи: *Слобода вероисповести. Забрана верске дискриминације. Начело световности државе. Закон о црквама и верским организацијама. Устав Републике Србије од 2006. године*

Закон о црквама и верским заједницама (даље у тексту: ЗЦВЗ) донела је Народна скупштина Републике Србије 20. априла 2006. године. Њиме се уређују правни положај и делатност цркава и верских заједница и други аспекти слободе изражавања вероисповести.[1]

---

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *tanasije@ius.bg.ac.rs*.

[1] Доношењем ЗЦВЗ (*Службени гласник РС*, бр. 36/06) попуњена је правна празнина која је настала 1993. године (Закон о престанку важења одређених закона и других прописа, *Службени гласник РС*, бр. 18/93) када је низ закона из времена социјалистичке уставности, а међу њима и Закон о правном положају верских заједница (*Службени гласник СРС*, бр. 44/1977), стављен ван снаге. У оквирима начелних гаранција слободе вероисповести и забране верске дискриминације ЗЦВЗ је исцрпно уредио правни положај субјеката верских слобода и њихов однос са државом: правни положај цркава и верских заједница, статус њихове аутономне регулативе, права верских службеника, поступак регистрације, стицање и заштиту имовине цркава и верских заједница, и услове за материјалну помоћ државе. Законом се прецизирају и претпоставке богослужбене, образоване и културне делатности црка

Током 2006, 2007. и 2008. године један број цркава и невладиних организација поднео је предлог, односно дао је иницијативу за оцену уставности појединих одредаба овога закона. Утврдивши да су уставноправна питања која се постављају поводом оцене оспорених одредаба ЗЦВЗ од ширег уставноправног значаја, Уставни суд Републике Србије је одлучио, сагласно чл. 37, ст. 3 Закона о Уставном суду, да одржи јавну расправу како би се размотрила отворена уставноправна питања. У овом раду припремљеном за јавну расправу, која је одржана 5. октобра 2010. године, износимо мишљење о одредбама ЗЦВЗ за које сматрамо да су у супротности са Уставом Републике Србије, држећи се питања постављених у реферату судије известиоца.

1. ПРАВО НА СЛОБОДУ ВЕРОИСПОВЕСТИ

1.1. У чувеној пресуди Кокинакис против Грчке, Европски суд за људска права истакао је да је слобода мисли, савести и вероисповести конститутивни елемент демократског друштва и његовог плуралистичког карактера. Она је од суштинског значаја за идентитет верника и заштиту њиховог животног става, али је од непроцењиве вредности и за атеисте, агностике, скептике и незаинтересоване.[2] Развијајући ову тезу, Ф. Судр тежиште ставља на савршеној духовној независности појединца коју слобода мисли, савести и вероисповести пружа, омогућавајући развој најразличитијих погледа на свет.[3] Истовремено не треба заборавити ни друштвену димензију овог питања, која произлази из групног карактера традиционалних религија и колективног вршења обреда, која има за последицу одговарајуће односе између сâмих цркава и верских заједница (као облика организоване вере), и њихове специфичне везе са државом.

1.2. Слобода вероисповести зајемчена је Уставом Републике Србије од 2006. године прављењем одговарајуће правне разлике између *forum internum*-а и *forum externum*-а слободе веровања и уверења.[4] Унутрашња сфера ове слободе ужива апсолутну заштиту, док њено испољавање може, под одређеним условима, бити ограни-

ва и верских заједница укључујући ту и градитељство, добротворну, информативну и издавачку делатност.

[2] Affaire *Kokkinakis c. Grèce*, n. 14307/88, 25 mai 1993, §31.

[3] Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris 2005, 440.

[4] У нашој старијој стручној литератури, слобода човека да верује или не верује у догме неке религије, дакле *forum internum*, означавала се као слобода саве сти, док се право да се изрази и испољи припадништво некој религији називало, и још увек се назива, слободом вероисповести. Jovan Stefanović, *Odnos između crkve i države*, Matica hrvatska, Zagreb 1953, 97 98.

чено. *Forum internum* слободе вероисповести, према томе, спада у ред апсолутних људских права, и Уставом је уређен на потпунији начин у односу на одговарајућу одредбу чл. 9 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, утолико што се јемчи не само слобода мисли, савести, уверења и вероисповести, право да се остане при свом уверењу или вероисповести и право да се они промене према сопственом избору (чл. 43, ст. 1), већ и то да нико није дужан да се изјашњава о својим верским и другим уверењима (чл. 43, ст. 2).

Иако Европска конвенција не познаје изричито право на неизјашњавање о својим верским и другим уверењима, њега признаје Европски суд за људска права који сматра да „слобода изражавања верских уверења садржи у себи и негативни аспект – право појединца да не буде присиљен да се изјашњава о својој вери и верским уверењима, и да не буде принуђен да прибегне понашању из кога би се могло закључити да има или нема одређена уверења“.[5] Другим речима, сматра се недопуштеним да се државне власти „уплићу у слободу савести појединца сакупљајући информације о његовим верским уверењима или обавезујући га да их испољи“.[6]

Forum externum слободе вероисповести одређен је Уставом тако да обухвата слободу испољавања вере или убеђења вероисповедањем, обављањем верских обреда и похађањем верске службе или наставе (чл. 43, ст. 3).[7] У складу с основним условима које прописује Европска конвенција и Устав Србије предвиђа да се слобода веровања или уверења може ограничити законом, ако је то неопходно у демократском друштву, ради заштите легитимних циљева (чл. 43, ст. 4). Дозвољени циљеви ограничења су заштита живота, здравља људи, морала демократског друштва, уставних слобода и права грађана, јавне безбедности и јавног реда, као и спречавање изазивања или

[5] Affaire *Alexandridis c. Grèce*, n. 195106/06, 21 février 2008, § 38.

[6] *Ibid*. Тако је, разматрајући негативни аспект слободе вероисповести у кон тексту јавних исправа, Европски суд истакао да не разуме „зашто би било неопходно да се у евиденцијама грађанског стања и личним картама наводи вера... будући да би то нужно имало за последицу законодавство којим би се наметало недобровољно изјашњавање о верским уверењима“. Affaire *Sinan Isik c. Turquie*, n. 21924/05, 2 février 2010, § 44.

[7] О овом питању и правним проблемима, поготово у контексту верске наста ве у државним школама, вид. више полемику на страницама овог часописа: Марија Драшкић, „Право детета на слободу вероисповести у школи“, *Анали Правног фа култета у Београду* 1 4/2001, 511 523; Сима Аврамовић, „Право на верску наста ву у нашем и упоредном европском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 2005/1, 46 64; Марија Драшкић, „О веронауци у државним школама, други пут“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2006, 135 151; Сима Аврамовић, „Устав ност верске наставе у државним школама *res iudicata*“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2006, 251 257.

подстицања верске, националне или расне мржње. У основи исте ове легитимне циљеве ограничења познаје и Европска конвенција, с том разликом што чл. 9, ст. 2 не наводи заштиту ниједног посебног права нити спречавање чињења ниједног одређеног кажњивог дела.

Вид ограничења слободе вероисповести је несумњиво и прописивање таквих услова за регистрацију верских заједница који могу да доведу у питање *forum externum* малих или тек настајућих верских организација. На значај регистрације верских организација за остваривање права на молитву и обред Европски суд је указао у предмету Митрополијске цркве Бесарабије. Одбијање молдавијских управних органа да региструју расколничку цркву оцењено је, у датом случају, као повреда вероисповедања, будући да се верници онемогућавају да у правним поступцима штите неопходне молитвене реликвије, али и да остварују друга законом призната права као што је производња и продаја литургијских предмета или заштита црквених великодостојника.[8] При томе, начелно посматрано, није спорно да заштита јавног реда и јавне безбедности оправдавају обавезу верских организација да се региструју, као и аналогно право државе да из легитимних разлога одбије њихов упис.[9]

1.3. У реферату судије известиоца постављено је питање да ли је обавеза достављања личних података оснивача верске организације у поступку регистрације у сагласности са уставном одредбом о заштити података о личности из чл. 42 Устава, слободом вероисповести из чл. 43 Устава и правом на поштовање приватног живота из чл. 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

ЗЦВЗ предвиђа да за упис у Регистар верске организације подносе Министарству надлежном за послове вере захтев који садржи, између осталог, „одлуку о оснивању верске организације са именима, презименима, бројевима идентификационих докумената и потписима оснивача од најмање 0,001% пунолетних држављана Републике Србије који имају пребивалиште у Републици Србији према последњем званичном попису становништва" (чл. 18, ст. 2, тач. 1). Прописивањем обавезе достављања идентификационих података и потписа одређеног, минималног броја оснивача, принуђавају се на изјашњавање о свом верском уверењу не само они који воде дату верску организацију, већ, нужно, и њени верници, да давањем потписа потпомогну њено регистровање, а самим тим и да остваре своје право на слободу верског организовања. Следећи резон Европског суда може се поставити питање зашто је неопходно тражити подршку најмање 0,001% пунолетних држављана Републике Србије који имају преби-

[8] Affaire *Eglise Métropolitaine deBessarabie et autres c. Moldova,* n. 45701/99, 13 décembre 2001, § 105.

[9] *Ibid.*, § 113.

валиште у Републици Србији, као оснивача верске организације, када би то могло имати за последицу њихово недобровољно изјашњавање о својим верским уверењима. При свему томе, нипошто се не сме губити из вида да се тек оснивањем цркава и верских заједница испуњавају услови за пуно уживање слободе мисли, савести и вероисповести за коју Европски суд доследно истиче да је конститутивни елемент демократског друштва и његовог плуралистичког карактера, и да је од суштинског значаја за идентитет верника и заштиту њиховог животног става, као и да је од непроцењиве вредности и за атеисте, агностике, скептике и незаинтересоване.[10] С обзиром на овакво место идеолошког, филозофског и религијског опредељења у личности сваког човека под знаком је питања мишљење Народне скупштине да се поменутим захтевом појединци не изјашњавају о својим верским уверењима, будући да „надлежни орган државне управе који води Регистар цркава и верских заједница добија податке о оснивачима верске организације, а не о њиховим верским и другим уверењима“.[11] Произлази, да оснивач верске организације може бити и верник друге вере од оне чију организацију оснива, атеиста или агностик, што је свакако теоријски могуће, али мало вероватно узимајући у обзир поменути антрополошки значај одређеног погледа на свет за идентитет сваког појединца и његов животни став, те се захтеви за оснивање цркава и верских заједница неизбежно своде на спискове њихових верника-оснивача.

Осим тога, мора се узети у обзир да, иако се тражени број оснивача не мери стотинама и хиљадама, већ више десетинама потписа, законска норма о достављању одлуке са њиховим идентификационим подацима, може одвратити један број верника, жељних да сачувају своју приватност, од подржавања захтева и обраћања Министарству, чиме се на крају осујећује и *forum externum* слободе вероисповести, пре свега малих и тек настајућих верских организација.

2. ЗАБРАНА ВЕРСКЕ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

2.1. Дискриминација је неоправдано прављење разлика, посредно или непосредно, међу појединцима или групама, ускраћивањем права једнима или признавањем већих права другима, које, када је реч о верској дискриминацији, има свој конкретан повод у нечијој религији: одређеном верском уверењу, припадању или неприпадању верској заједници, учествовању или неучествовању у богослужењу и верским обредима и коришћењу или некоришћењу зајемчених

[10] Affaire *Kokkinakis c. Grèce*, § 31.

[11] Одговор Народне скупштине, стр. 13.

верских слобода и права. Право на недискриминацију је људско право које се изводи из начела једнакости, односно општег постулата о једнаком достојанству свих људи. Још је Токвил приметио да је једнакост „општа и доминантна страст“ модерних друштава, подразумевајући под тиме да се „модерна друштва [се] одликују све већим и већим притиском јавности... да се према сваком поступа као да је једнак у достојанству са свима другима, и, у складу с тиме, као да је овлашћен да ужива иста права и исте слободе“.[12] Наиме, док се у холистичким друштвима, у којима је место свакога било одређено непромењивим поретком, правда огледала у томе да се свако налази на свом месту, савремена друштва везују правду за једнакост, неодвојиву од остварења људских права.[13] Разликовање засновано на религији било је међу првима, ако не и прво, које се почело забрањивати у међународном праву – од Вестфалског мировног уговора (1648) – а од Другог светског рата забрана (верске) дискриминације има своје обавезно место у најважнијим међународним документима о људским правима.[14]

2.2. Устав Србије од 2006. године садржи модерна решења о начелу једнакости, забрани (верске) дискриминације и верској равноправности. Тако, „пред Уставом и законом сви су једнаки“ (чл. 21, ст. 1), „свако има право на једнаку законску заштиту без дискриминације“ (чл. 21, ст. 2), „забрањена је свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу... вероисповести...“ (чл. 21, ст. 3), а „цркве и верске заједнице су равноправне“ (чл. 44, ст. 1). Одговарајућу одредбу о забрани (верске) дискриминације садржи и Европска конвенција у члану 14: „Уживање права и слобода предвиђених у овој конвенцији обезбеђује се без дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, повезаност с неком националном мањином, имовина, рођење или други статус“.

Забрана дискриминације не значи, међутим, да је свако правно разликовање међу појединцима и групама недозвољено. Сам Европски суд је још 1968. године у „Белгијском лингвистичком случају“ приметио да бисмо се суочили са апсурдним последицама уколико би забрана дискриминације подразумевала забрану сваког правног

[12] Raymond Boudon, „L’égalité“, *Les valeurs de la République* (sld. Philippe. Tronquoy), La documentation Française, Paris 2007, 39.

[13] Danièle Lochak, *Les droits de l’homme*, La découverte, Paris 2009, 80.

[14] Повеља Уједињених нација (чл. 1, ст. 3), Универзална декларација о људ ским правима (чл. 2 и 18), Међународни пакт о грађанским и политичким правима (чл. 2, 18 и 26), а посебно у том погледу треба поменути и Декларацију о укидању свих облика нетолераниције и дискриминације заснованих на вери или уверењу, која је усвојена на Генралној скупштини Организације уједињених нација 1981.

разликовања: „Били бисмо принуђени да пресуђујемо као супротне Конвенцији многобројне законске или уредбодавне одредбе које не обезбеђују свима потпуну једнакост поступања у уживању признатих права и слобода. Наиме, надлежне власти држава чланица често се суочавају са ситуацијама и проблемима чија различитост захтева различита правна решења; осим тога, одређене правне неједнакости управо доприносе томе да се исправе фактичке неједнакости“.[15] Релативизујући начело правне једнакости Европски суд је одредио и критеријуме на основу којих се утврђује да ли је разликовање дозвољено, или је на делу дискриминација. Тако, „једнакост поступања је прекршена уколико не постоји објективно и разумно оправдање разликовања. Постојање таквог оправдања мора се ценити у односу на циљ и последице разматране мере, уз узимање у обзир начела која најчешће преовлађују у демократским друштвима“.[16] Међутим, до дискриминације може доћи и када је циљ оправдан, јер „разлика у поступању у вршењу права зајамчених Конвенцијом не треба да тежи само остварењу легитимног циља: чл. 14 је прекршен и када се јасно установи да нема разумног односа сразмерности између употребљених средстава и циља чијем се остварењу тежило“.[17]

2.3. У реферату судије известиоца постављено је питање да ли разлике у поступку регистрације цркава и верских заједница од поступка регистрације осталих верских организација доводе до повреде начела једнакости и повреде права на једнаку законску заштиту из чл. 21 Устава.

2.3.1. Члан 18 ЗЦВЗ, видели смо, предвиђа одговарајући поступак за регистрацију верских организација. Да би се уписале у Регистар оне подносе Министарству захтев који садржи, поред одлуке о оснивању верске организације, и статут верске организације, приказ основа верског учења, верских обреда, циљева и активности, као и податке о сталним изворима прихода (чл. 18, ст. 2). Уз то, оне подносе и пријаву која садржи назив верске организације, њену адресу и седиште, и име и презиме, као и својство лица овлашћеног да је представља (чл. 18, ст. 1). Према изричитој одредби чл. 18, ст. 2 ЗЦВЗ, пријаву ове садржине, али не и наведени захтев, подносе и „традиционалне цркве и верске заједнице“ набројане у чл. 10 ЗЦВЗ. У питању су пет цркава (Српска православна, Римокатоличка, Словачка евангелистичка, Реформатска хришћанска и Евангелистичка хришћанска црква) и две верске заједнице (Јеврејска и Исламска заједница). ЗЦВЗ, дакле, уводи два различита система регистрације:

[15] Affaire *„relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique“* c. Belgique, n. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23 juillet 1968, § 10.

[16] *Ibid.*

[17] *Ibid.*

систем пријаве, који важи за Законом именоване традиционалне цркве и верске заједнице, и систем одобрења, под који потпадају све остале верске организације које желе да се региструју.[18]

Будући да несумњиво постоји различитост поступања за субјекте који се налазе у аналогним ситуацијама (традиционалне цркве и верске заједнице и остале верске организације), поставља се питање да ли се за ово разликовање може наћи објективно и разумно оправдање. Како је терет доказивања да није дошло до повреде начела једнакости на туженоме, под условом да је претходно учињено вероватним да је извршен акт дискриминације,[19] неопходно је сагледати разлоге које Народна скупштина наводи у свом одговору, којима се оправдава постојање двоструког режима регистрације.

Народна скупштина, наиме, полази од претпоставке да су на делу неупоредиве правне околности: „Разликовање у управном поступку регистрације између традиционалних цркава и верских заједница и верских организација које се тек образују [је] разликовање између различитих правних ситуација, односно... правна ситуација верских организација које се тек образују, или које су биле регистроване као обична удружења грађана, није упоредива са правном ситуацијом традиционалних цркава и верских заједница".[20] Произлази да се оправдање за разликовање између једних и других налази у њиховом различитом правном статусу, јер док се једне тек образују, друге су „традиционалне", што за Народну скупштину значи да су већ биле образоване и признате као цркаве и верске заједнице. Отуда, „сасвим је разумно и оправдано да држава... традиционалним црква-

[18] У Одговору Народне скупштине ова разлика се покушава ублажити тврдњом да „у односу на традиционалне цркве и верске заједнице, за остале верске организације Закон не предвиђа посебне услове за регистрацију, већ посебне акте који се прилажу уз захтев за регистрацију верске организације о којем, у посебном поступку одлучује надлежни орган државне управе" (стр. 7). Уз то, та разлика се до датно релативизује и тиме што се истиче да „је реч о разликовању у току управног поступка регистрације које више не постоји уколико се поступак успешно оконча и верска организација... буде уписана у Регистар" (стр. 9). Међутим, чињеница је да верске организације поред пријаве подносе и захтев, одређене садржине, коју Ми нистарство разматра, са овлашћењем да доносе „решење о одбијању захтева за упис верске организације у Регистар ако су њени циљеви, учење, обреди или деловање супротни Уставу и јавном поретку или ако угрожавају живот, здравље, слободу и права других, права деце, право на лични и породични интегритет и право на имо вину" (чл. 20, ст. 4 ЗЦВЗ). Ово речито говори о томе да се за верске организације траже додатни и строжи услови за регистровање (које је иначе кључно за уживање *forum externum* а слободе вероисповести, чиме се разликовање у току управног по ступка од формалног питања претвара у суштинско диференцирање) од традицио налних цркава и верских заједница у погледу којих се не врше ова преиспитивања и не постоји могућност одбијања уписа.

[19] Тако и чл. 45, ст. 2 Закона о забрани дискриминације, *Службени гласник РС*, бр. 22/2009.

[20] Одговор Народне скупштине, стр. 7.

ма и верским заједницама призна правни континуитет са правним субјективитетом који је стечен на основу посебних прописа који су донесени о свакој од тих заједница понаособ“.[21] У питању су, наиме, закони Краљевине Југославије од 1929. и 1930. године, односно Закон о конкордату између Краљевине Србије и Свете столице од 1914. године (чл. 11–15 ЗЦВЗ).

Народна скупштина је, дакле, у чињеници да су наведене традиционалне цркве и верске заједнице свој субјективитет стекле законодавством Краљевине Србије и Краљевине Југославије, нашла оправдање да им и сâма законом призна такав статус. Она, међутим, није објаснила од каквог је правног и политичког значаја за данашњу Републику Србију то што су одређене цркве и верске заједнице уживале дати статус у Краљевини Србији и Краљевини Југославији, да би им под Уставом од 2006. године био признат *telle quelle* континуитет са тада стеченим правним субјективитетом. У уставноправном смислу, Краљевина Србија, Краљевина Југославија и Република Србија су сасвим различите државе које не стоје једна са другом ни у каквој правној вези. Географски и социокултурни оквир у којем су се доносили закони тадашње Југославије, када је и био признат правни субјективитет готово свим традиционалним црквама и верским заједницама, толико је различит од савремене Србије да је свако функционално поређење између Краљевине Југославије и Републике Србије излишно. Коначно, и можда најважније, политички систем Краљевине Југославије, поготово у периоду шестојануарске диктатуре краља Александра (1929–1931), када су донети закони којима је признат статус свим традиционалним црквама и верским заједницама, изузев Католичкој цркви, је толико различит од либералнодемократског политичког система савремене Србије, да се не може дати априорно поверење законодавству краља Александра и у њему тражити објективно и разумно оправдање за актуелно прављење разлике између традиционалних и још необразованих верских организација. Наиме, не треба изгубити из вида да се постојање таквог оправдања цени „у односу на циљ и последице разматране мере, уз узимање у обзир начела која најчешће преовлађују у демократским друштвима“.[22] Ако је поштовање стечених права нешто што одликује демократска друштва, питање када су та права стечена и да ли је тада, када су она била стечена, друштво било демократско, није без значаја за утврђивање постојања објективног и разумног оправдања.[23]

---

[21] Одговор Народне скупштине, стр. 10.

[22] Affaire *„relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique"* c. Belgique, § 10.

[23] Занимљиво је, међутим, да је ова врста материјалног поређења уставних поредака била и те како релевантна за Народну скупштину приликом образлагања непризнавања правног континуитета конфесионалним заједницама које су свој прав

2.3.2. Са становишта слободе вероисповести и забране дискриминације, проблем може настати и поводом регистрације назива верске организације, који је саставни део идентитета те организације и њеног верског учења. Подсетимо се да Европски суд стоји на становишту да је обавеза неутралности и непристрасности државе неспојива са било каквим овлашћењем јавних власти да процењују легитимност верског уверења и да је дужност државних органа да обезбеде да супротстављене групе поштују једна другу, чак и када су проистекле из исте заједнице.[24] Другим речима, „у демократским друштвима државе не треба, у начелу, да предузимају мере којима се обезбеђује да верске заједнице остају под јединственим вођством или да се под њега доводе. Улога власти у конфликтној ситуацији између или унутар верских група није да отклања узрок тензије укидањем плурализма, већ је њена улога у томе да се стара да супротстављене групе толеришу једна другу“.[25]

ЗЦВЗ наводи да се „у Регистар (се) не може уписати верска организација чији назив садржи назив или део назива који изражава идентитет цркве, верске заједнице или верске организације која је већ уписана у регистар или која је раније поднела захтев за упис“ (чл. 19). Инсистирање на *делу назива* који изражава идентитет верске организације која је већ уписана или која је раније поднела захтев за упис би, строго посматрано, могло да значи да се ниједна друга верска организација не може регистровати под именом, рецимо, „српска“, „православна црква“ или чак „црква“, будући да су традиционалне

ни субјективитет стекле у складу са Законом о правном положају верских заједница, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 22/1953 и Законом о правном положају верских заједница *Службени гласник СРС*, бр. 44/1977. Наиме, Народна скупштина поставља питање „да ли признање, које је, кроз акт пријаве у полицији и статус грађанског правног лица, учинила јавна власт у држави која је претходила Републици Србији, обавезује важећи правни систем и уставноправни поредак Републике Србије?“ и даје свој суд о томе: „Одговор би свакако био позитиван, ако би права и обавезе, које из некадашњег статуса грађанскоправног лица конфесионалне заједнице, одговарале правима и обавезама верске заједнице које предвиђа важеће право, прецизније оспо рени Закон. То, међутим, није случај. Важећи правни положај верских заједница је другачији, за верске заједнице вероватно неупоредиво повољнији, у односу на ранији. Док су у некадашњем уставном поретку, заснованом на идеолошком ате изму, који је пропагирала и држава, вера и остварење верске слободе сматрани као искључиво приватна ствар која се остварује строго у приватној сфери грађана, сада важећи устав и закон с једне стране констатују да не постоји државна или обавезна религија, а са друге стране одбацују и схватање према којем одвојеност цркве од државе онемогућава њихову кооперацију. Због таквог карактера уставног поретка су и права, утицај и присуство верских заједница у друштву и јавном животу неупо редиво већи, као што су веће и њихове обавезе према правном поретку и друштву уопште“ (Одговор Народне скупштине, стр. 11).

[24] Affaire *Eglise Métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, § 123.

[25] Case of *Supreme Holy Council of the Muslim Community v. Bulgaria*, n. 39023/97, 16 December 2004, § 96.

цркве, међу којима је и Српска православна црква, такорећи, *ex lege* регистроване. Истина, ширим тумачењем се отклања оваква опасаност, узимањем у обзир да сâм закон предвиђа две „хришћанске" (Реформатско хришћанску и Евангелистичку хришћанску цркву) и две „евангелистичке цркве" (Словачку евангелистичку и Евангелистичку хришћанску цркву), но то не значи да се у административној пракси не могу јавити и друга тумачења која би била заснована на уском читању члана 19. ЗЦВЗ и која би била у супротности са слободом вероисповести и забраном верске дискриминације.

3. НАЧЕЛО СВЕТОВНОСТИ ДРЖАВЕ

3.1. Односи између верских заједница и државе могу бити засновани на ставу преплитања и ставу раставе. У оквиру ових начелних опредељења јављају се различити системи односа који варирају од умерених ка екстремним. Тако су на ставу преплитања засновани системи теократске државе, државне цркве и милета, док се став раставе испољава у облику агресивног секуларизма, строге одвојености и кооперативне одвојености између верских заједница и државе. Устави Србије од 1990. и 2006. године опредељују се за став раставе, па ћемо нешто више пажње посветити разлици између система строге и кооперативне одвојености који почивају на овоме ставу, не би ли се боље разумело уставно начело световности државе. Систем агресивног секуларизма, донедавно присутан у комунистичким земљама евроазијског континента у којима су верске слободе негиране, цркве прогањане, а марксизам-лењинизам прокламован за државну догму, остављамо по страни, због његовог очигледног несклада са вредностима и решењима како актуелног, тако и њему претходећег устава.

Систем строге одвојености подразумева одсуство било каквих органских или функционалних веза између религије и државе: световне власти не подржавају рад верских заједница (у финансијском или неком другом смислу), правни поредак не трпи утицаје ниједног религијског система, а приватна и јавна сфера су стриктно одвојене, при чему је испољавање верског опредељења ограничено на приватни живот.[26] Осим тога, држава, у циљу одржавања потребне друштвене кохезије, шири одређене заједничке, лаичке и верски неутралне

[26] Органско прожимање подразумева да се избор државних функционера врши с обзиром на њихово верско припадање, да се религијске функције финансирају из јавних средстава, а да верски службеници преузимају обављање одређених држав них послова. Функционално прожимање, пак, претпоставља да правни поредак има религијску подлогу, да се веронаука изучава у јавним школама, а да су државне церемоније плод верског утицаја. Michel Troper, „Le principe de laïcité", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle XVI*, Economica, Presses Universitaires d'Aix Marseille 2001, 453.

вредности, попут идеја слободе и толеранције.[27] И док у Француској овај умерени секуларизам поприма обележја атеистичке државе, у Сједињеним Америчким Државама постоје одређени симболички видови јавног позивања на веру и Бога. Поред поменутих земаља систем строге одвојености се јавља и у Холандији, Ирској, Португалији и Турској.[28]

Систем кооперативне одвојености почива на ставу сепарације верских заједница и државе, али подразумева и признавање многобројних заједничких задатака на којима црква и држава сарађују (у земљама попут Белгије, Шпаније, Италије, Аустрије и Немачке).[29] Ако и на овај систем применимо функционално-органски критеријум анализе уочићемо сличности и разлике са претходним моделима. Функционално посматрано, правни поредак не почива на учењу ниједене одређене религије, али веронаука јесте заступљена у школском систему то није једини, нити најважнији елемент кооперације. У органском смислу, држава материјално помаже верске заједнице и може на њих пренети обављање одређених јавних служби, али зато вера нема никакав утицај на образовање државних органа.[30]

3.2. Устав Србије од 2006. јасно прописује да је Србија световна држава и да су цркве и верске заједнице одвојене од државе. Устав од 1990. такође је садржао одредбу о одвојености верских заједница од државе (чл. 41, ст. 2), али је предвиђао и да држава може материјално помагати верске заједнице (чл. 41, ст. 4). Устав од 2006. не допушта такву могућност, мада је изричито и не забрањује. Да ли би таква врста органског преплитања представљала повреду начела световности, ствар је уставног тумачења. У ту сврху мора се узети у обзир да је од 2006. опредељење за световну државе не само Уставом изричито зајемчено (за разлику од Устава од 1990), већ и да је уздигнуто на ранг уставног начела (чл. 11), да су писци и доносиоци актуелног устава имали на уму одредбе претходног устава, као и ЗЦВЗ,[31] те да непомињање материјалне или неке друге помоћи

---

27 *Ibid.*, 454.

28 Вид. Sophie C. van Bijsterveld, „Etat et Eglises aux Pays Bas", *Etat et Egli ses dans l'Union européenne* (ed. G. Robbers), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 1997, 232; James Casey, „Etat et Eglises en Irlande", *Etat et Eglises dans l'Union euro péenne* (ed. G. Robbers), 164; Vitalino Canas, „Etat et Eglises au Portugal", *Etat et Egli ses dans l'Union européenne* (ed. G. Robbers), 284; Mehmet C. Uzun, „The Protection of Laicism in Turkey and the Turkish Constitutional Court: The Example of the Prohibition on the Use of the Islamic Veil in Higher Education", *Penn State International Law Review* 3/2010, 392 395.

29 Gerhard Robbers, „Etat et Eglises dans l'Union européenne", *Etat et Eglises dans l'Union européenne* (ed. G. Robbers), 351.

30 M. Troper, 454.

31 Примера ради, чл. 3, ст. 2. ЗЦВЗ који разрађује легитимне циљеве огра ничења испољавања верске слободе је готово идентичан са чл. 44, ст. 3. Устава који

није случајно, већ да изражава намеру да се принцип сепарације доследно спроведе. Отуда, можемо да закључимо да се Устав од 2006. определио за систем строге одвојеност између верских заједница и државе, док је Устав од 1990. оставио то питање унеколико отвореним допустивши да се законодавним путем признају и поједини елементи кооперативне одвојености.

Европска конвенција успоставља велику сферу унутрашње и спољашње аутономије, како индивидуалне, тако и колективне, када је реч о слободи мисли, савести и вероисповести. Она подразумева и могућност развијања најразноврснијих односа између цркава и верских заједница, с једне стране, и државе, с друге, укључујући ту и слободан одабир једног од поменутих система односа, све докле се њиме не доводи у питање демократски карактер друштва заснованог на плурализму, толеранцији и слободи духа.

3.3. У реферату судије известиоца постављено је питање да ли могућност финансирања здравственог, пензијског и инвалидског осигурања свештеника из буџета Републике Србије представља повреду начела забране дискриминације из чл. 21 Устава у односу на све друге приватне (образовне, културне итд.) институције, с једне стране, те у односу на грађане атеисте, с друге стране.

ЗЦВЗ, најпре, под рубрумом *Сарадња државе са црквама и верским заједницама*, уопштено предвиђа да „ради унапређења верске слободе и сарадње са црквама и верским заједницама, у обостраном интересу, држава може да материјално помаже цркве и верске заједнице" (чл. 28, ст. 2). Затим се, сасвим конкретно, уређује да се „средства за здравствено и пензијско и инвалидско осигурање свештеника односно верских службеника, могу [се] обезбедити у буџету Републике Србије, у складу са законом" (чл. 29, ст. 2). При томе се предвиђа да „Влада утврђује износ средстава за остваривање социјалних права свештеника односно верских службеника, равноправно и сразмерно броју верника појединих цркава и верских заједница, према последњем попису становништва у Републици" (чл. 29, ст. 3). Поред наведеног облика материјалне помоћи, ЗЦВЗ допушта и увођење пореских олакшица за цркве и верске заједнице, односно њихове донаторе: „Приликом обављања делатности и обезбеђивања прихода у складу са овим законом цркве и верске заједнице могу бити потпуно или делимично ослобођене пореских обавеза" (чл. 30, ст. 1), а „физичка и правна лица која дају прилоге и поклоне црквама и верским заједницама могу бити ослобођена одговарајућих пореских обавеза" (чл. 30, ст. 2).

прописује разлоге због којих Уставни суд може забранити верску заједницу. Сим птоматично је и то да се таква одредба не среће у Повељи о људским и мањинским правима и грађанским слободама Државне заједнице Србија и Црна Гора, што је потврда да су уставописци били инспирисани појединим решењима из ЗЦВЗ, али да нису били спремни да га у свему следе.

Произлази да ЗЦВЗ познаје облике органског прожимања између државе, и цркава и верских заједница, што је у супротности са начелом строге одвојености за које се опредељује Устав од 2006. године. Истина, Устав изричито не забрањује држави да материјално помаже цркве и верске заједнице, али се систематским и историјским тумачењем долази до закључка да се 2006. године желео направити отклон у том погледу у односу на решења Устава од 1990. године и ЗЦВЗ донетим под тим уставом. Према томе, буџетско финансирање осигурања свештеника нарушава начело световности државе, те на тај начин, индиректно, повређује и једнакост грађана, јер подразумева признавање одређених финансијских привилегија једној категорији становништва (свештеницима и верским службеницима) у односу на друге субјекте (приватне институције и грађане атеисте), за које се не може наћи објективно и разумно оправдање у важећем уставу Србије.[32]

3.4. У реферату судије известиоца постављено је питање да ли је пружање помоћи државе приликом извршења правоснажних одлука и пресуда које издају надлежни органи цркава и верских заједница у складу са уставним начелом о одвојености цркве и државе из чл. 44 Устава и уставном одредбом о надлежностима Републике Србије из чл. 97 Устава.

ЗЦВЗ предвиђа да „за извршење правоснажних одлука и пресуда које издају надлежни органи цркава и верских заједница држава пружа одговарајућу помоћ" (чл. 7, ст. 2). Овом одредбом државни органи не само да се стављају у функцију цркава и верских заједница, што је један вид органског преплитања,[33] већ се излажу опасности да, испуњавајући дату законску обавезу, повреде људска права верских службеника. То се да наслутити из ограничења које садржи наредни члан ЗЦВЗ: „Свештеник, односно верски службеник има право да учествује у свим видовима јавног живота, осим ако је то забрањено унутрашњим правилима или појединачном одлуком цркве и верске заједнице која га поставља" (чл. 8, ст. 5). При томе, „држава не може ограничавати грађанска или политичка права свештеника, односно верског службеника на основу његовог верског положаја или службе коју врши" (чл. 8, ст. 6), али се од тог правила очигледно може одступити ако је то предвиђено „унутрашњим правилима или појединачном одлуком цркве или верске заједнице која га поставља", коју је она дужна да изврши на основу чл. 7, ст. 2 ЗЦВЗ.

Овакав закључак произлази и из Одговора Народне скупштине у којем се тврди да „би било немогуће да црква или верска

[32] О појму дискриминације и допуштеном разликовању вид. *supra* 2.1. и 2.2.

[33] Вид. *supra* 3.1.

заједница регулише властито деловање и слободно управља својим пословима уколико јој државни органи не би пружили одговарајућу помоћ“, на пример „у случају да неко свештено лице, тврди како има право да испољава сопствена појединачна уверења на начин који је супротан стандардној пракси његове цркве, а што је санкционисано одлукама црквених органа“ (стр. 15). Другим речима, од државе се очекује да учествује у ограничавању Уставом загарантоване слободе изражавања мишљења датог одметнутог свештеника. Други пример пружања помоћи који се наводи у Одговору Народне скупштине („за извршавање одлуке којом се неко лице лишава свештеничког звања, а након тога лишавања то лице узурпира верски објекат и службу у њему“, стр. 15) је, пак, беспредметан, јер се та врста заштите већ пружа кривичним законодавством.[34]

3.5. У реферату судије известиоца постављено је питање да ли се одредбама о немогућности позивања верских службеника на одговорност пред државним органима за поступање при обављању богослужбене делатности уводи позитивна дискриминација у односу на једну групу лица и да ли недостатак одредбе о томе ко одлучује „о имунитету“ свештеника представља повреду начела забране дискриминације из чл. 21 Устава.

Имунитет је посебно право зајемчено народним посланицима, председнику Републике, члановима Владе, судијама и тужиоцима, Заштитнику грађана, покрајинским и локалним одборницима, којим се ове категорије носилаца јавних функција ослобађају одговорности за изражено мишљење и дат глас у вршењу своје функције (имунитет неодговорности), а када је реч о делима почињеним ван функције поједини међу њима су заштићени и од притвора или покретања поступка (имунитет неповредивости). Имунитет је, према томе, изузетна институција јавног права којом се носиоци јавних функција штите, трајно или привремено, од позивања на одговорност, и то не зато да би се учинили привилегованим и неодговорним због њих самих, већ зато да би слободно, свестрано и без страха од покретања кривичног или неког другог поступка, могли да одлучују о јавним питањима која су им уставом и законима стављена у надлежност.

ЗЦВЗ наводи да „свештеници, односно верски службеници не могу бити позвани на одговорност пред државним органима за своје поступање при обављању богослужбене делатности“ (чл. 8, ст. 4) из чега би се могло закључити да се њима јемчи не само имунитет неодговорности, већ и имунитет неповредивости (с обзиром на употребу именице *поступање*). Забуну, донекле, уноси чл. 8, ст. 3, на који

[34] Вид. кривично дело повреде слободе исповедања вере и вршења верских обреда, чл. 131 Кривичног законика Републике Србије.

упућује и ст. 4 члана 8, *in fine*, који инсистира на томе да се богослужбена делатност „врши у складу са законом и аутономним правом цркве или верске заједнице". С обзиром на ову релативизацију, није јасно због чега се гарантује имунитет свештеницима, односно верским службеницима при обављању богослужбене делатности, ако се она, по дефиницији, врши у складу са законом. Ову недоумицу потврђује и Одговор Народне скупштине у којем се изричито наводи да „свештеници могу да буду позвани на одговорност за противзаконито поступање током богослужења" (стр. 16). Тиме се, наиме, обесмишљава институција имунитета, јер он управо служи томе, како смо навели, да заштити јавне функционере од позивања на одговорност за наводна кривична дела и друге деликте које могу да почине.

Произлази да ЗЦВЗ не уводи имунитет свештеника, односно верског службеника, будући да он није заштићен од потенцијално противзаконитог поступања, иако би површно читање чл. 8, ст. 4 могло да наведе на другачији закључак. Свако супротно тумачење, међутим, према којем би свештеник, односно верски службеник уживао имунитет „за своје поступање при обављању богослужбене делатности" било би директно у супротности с начелом световности Републике Србије, јер би имплицирало да су свештеници, односно верски службеници једна врста јавних функционера, што је вид органског преплитања између државе, с једне стране, и цркава и верских заједница, са друге. Како Устав Републике Србије стоји на становишту строге сепарације, то би пружање оваквих привилегија свештеницима и верским службеницима довело до њиховог разликовања у односу на друге категорије становништва, чиме би оне, у одсуству објективног и разумног оправдања за такво разликовање, биле дискриминисане.[35]

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Из одговора пружених на постављена питања судије известиоца произлази да је ЗЦВЗ у многим својим одредбама у несагласности са Уставом од 2006. године. Одговарајућа анализа би несумњиво показала да је он био у нескладу, мада у мањој мери, и са Уставом од 1990. године, који је био на снази у време његовог доношења. Разлог за такав раскорак, између хијерархијски различитих норми нашег правног поретка, налази се у чињеници да је законодавац, приликом доношења ЗЦВЗ, имао сасвим други референтни систем у виду од оног који је садржан у Уставу од 1990. године, који се након уставот-

[35] О појму дискриминације и допуштеном разликовању вид. *supra* 2.1. и 2.2.

ворног референдума од 2006. године још више удаљио од највишег и основног закона у Србији.

ЗЦВЗ за своју идејну основу очигледно узима законодавство Краљевине Југославије, које се, иначе, било определило за систем милета у уређењу односа између цркава и верских заједница, и државе, и усклађује га са системом кооперативне одвојености, који, за разлику од система милета, почива на ставу раставе.[36] Ово се види не само из описаних законских решења, већ и из Одговора Народне скупштине, који нам може послужити као својеврсно аутентично тумачење законодавчеве воље (мада је овај одговор усвојио Законодавни одбор Народне Скупштине, а не сâма Скупштина у пленуму).[37]

Међутим, ништа у нашем уставу, као што смо видели, не допушта да се начело световности државе протумачи у смислу кооперације.[38] Штавише, историјско и систематско тумачење јасно наводе на супротан закључак – да је уставотворац имао на уму систем строге, а не кооперативне одвојености. Из овог почетног нарушавања уставности, опредељењем за систем кооперације, законодавац упада

---

[36] Систем милета, који се налази на средокраћи између система теократске државе и државне цркве, среће се још у Отоманском царству. Иако се чини да је превазиђен, он је и данас у употреби у Израелу, а до Другог светског рата био је примењиван у Краљевини СХС, а потом и у Краљевини Југославији. Овај систем подразумева поделу друштва на верске заједнице које су аутономне и када је реч о стриктно верским питањима, тако и у погледу различитих аспеката приватног жи вота прожетих вером: закључивања брака, развода, наслеђивања. Michel Rosenfeld, „L'Etat et la religion", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle XVI*, 464.

[37] Тако се, поводом питања пружања помоћи државе у извршењу правно снажних одлука и пресуда које издају надлежни органи цркава и верских заједница, наводи да се тиме не нарушава уставни принцип одвојености цркве и државе, јер „тај принцип не значи апсолутну одвојеност и недодирљивост цркве и државе... На против", наставља се у Одговору, „реч је о односу одвојености, али и кооперације" (стр. 15). Ова принципијелна законодавчева позиција још више долази до изражаја приликом поређења старог и новог законодавства: „Док су у некадашњем устав ном поретку, заснованом на идеолошком атеизму, који је пропагирала и држава, вера и остварење верске слободе сматрани као искључиво приватна ствар која се остварује строго у приватној сфери грађана, сада важећи устав и закон са једне стране констатују да не постоји државна или обавезна религија, а са друге стране одбацују и схватање према којем одвојеност цркве од државе онемогућава њихову кооперацију" (Одговор Народне скупштине, стр. 11).

[38] Државе које се опредељују за систем кооперативне одвојености уно се одговарајуће одредбе у томе у своје уставе. Упор. чл. 16, ст. 3 Устава Шпаније („Ниједна религија нема државни карактер. Јавне власти узимају у обзир верска уверења шпанског друштва, и у складу с тим сарађују на одговарајући начин са Католичком црквом и другим верским организацијама") или чл. 7, ст. 3 Основног за кона Немачке („Верско образовање је саставни део наставног програма у државним школама, са изузетком неденоминационалних школа. Не доводећи у питање право државе да врши надзор, верска настава се изводи у складу са учењем дате верске организације").

у друге насагласности како са Уставом од 1990. године, тако и Уставом од 2006: повреда *forum internum*-а и *forum externum*-а слободе веровања, прописивањем неоправдано високог прага у погледу минималног броја оснивача верске организације, имајући у виду елементе органског прожимања између цркава и верских заједница, и државе, као и повреда забране дискриминације, привилеговањем у поступку регистрације традиционалних цркава и верских заједница, у односу на друге верске организације.

На крају, не треба изгубити из вида ни то да решења блиска Уставу од 2006. године нису ни непозната, ни неуобичајена у Европи. Она се срећу не само у оним државама које су традиционално лаицистички и либерално оријентисане (Француска, Холандија), већ и у државама чија друштва су дубоко религиозна (Ирска, Португалија, Турска). Тиме се, истовремено, никако не имплицира нелегитимност система кооперације, за који се определио наш законодавац, већ, једноставно, његову неусклађеност са важећим Уставом Републике Србије. На Уставном суду Републике Србије је да одлучи о судбини оспорених одредаба ЗЦВЗ водећи рачуна о одговарајућим одредбама Устава Републике Србије и не заборављајући да ће његово тумачење слободе вероисповести, забране верске дискриминације и начела световности државе бити од значаја за боље разумевање ових појмова не само у нашем праву, већ и у упоредној уставноправној теорији и пракси.

Dr. Tanasije Marinković

Assistant Professor
Faculty of Law University of Belgrade

CONTRIBUTION TO THE PUBLIC DEBATE ON THE CONSTITUTIONALITY OF THE ACT ON CHURCHES AND RELIGIOUS COMMUNITIES OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In October 2010 a public hearing was held at the Constitutional Court of the Republic of Serbia on the constitutionality of the Act on churches and religious communities. In the present contribution, prepared for that hearing, right to freedom of religion, prohibition of religious discrimination and the principle of secular state, as guaranteed by the 2006 Constitution of the Republic of Serbia, are considered. Analyzing the content of the given rights and principles in the light of the case-law of the European Court of Human Rights and of comparative law, and ap-

plying the normative and historical method of interpretation, the author concludes that certain provisions of the Act on churches and religious communities are incompatible with the Constitution of the Republic of Serbia and the European Convention on Human Rights.

Key words: *Freedom of religion. – Prohibition of religious discrimination. – Principle of secular state. – Act on churches and religious communities. – 2006 Constitution of the Republic of Serbia.*

МЕЂУНАРОДНИ ПРЕГЛЕД

УДК 35.074(497.7)

Др Борче Давитковски*

Др Ана Павловска-Данева**

ЈАВНА АДМИНИСТРАЦИЈА   ПОКРЕТАЧ ИЛИ ПРЕПРЕКА ЕВРОИНТЕГРАЦИОНИХ ПРОЦЕСА У РЕПУБЛИЦИ МАКЕДОНИЈИ

У тексту је представљен процес европских интеграција кроз искуство Републике Македоније и унутрашњи институционални оквир. Интегрисање Македоније у Европску унију јесте и остаће приоритет сваке политичке ели те, без обзира на њен положај у политичком спектру. У овом тренутку процес придруживања још није отворен, што представља једини сигуран метод кроз који се може мерити степен приближавања, кроз годишње Извештаје о напре тку који подноси Европска комисија Савету Европске уније.

Сагледавајући позитивно право Републике Македоније које регули ше положај јавних службеника, аутори констатују да се не може казати да су спроведене суштинске реформе које би усавршиле ефикасност јавне администрације. На том путу потребно је не само изграђивање поузданог правног оквира, него и постојање искрене политичке воље да се суочи са про блемима и да се проналазе одлучна, квалитетна решења, независно од кратко рочне политичке цене која се због тога мора платити. Аутори сматрају да је корисно поделити ово искуство са другим земљама у региону.

Кључне речи: *Реформа јавне администрације. Систем државних службеника. Европске интеграције у Републици Македонији. Деполитиза ција администрација.*

* Аутор је редовни професор и декан Правног факултета „Јустинијан први“ Универзитета Св. Кирил и Методије у Скопљу.

** Аутор је ванредни професор и шеф Катедре за административно право и јавну администрацију Правног факултета „Јустинијан први“ Универзитета Св. Ки рил и Методије у Скопљу.

1. УВОД: БРИСЕЛ *VIA* КОПЕНХАГЕН И МАДРИД

Успостављање Европске уније може лако да се окарактерише као „најутицајнији агент промена у савременом владању и у процесу доношења одлука у Европи".[1] Председник Европске комисије Жак Делор (*Jacques Delors*) је 1998. године изјавио да око 80% социо-економског законодавства земаља чланица Европске уније налази своје корене у договорним обавезама, политикама и законодавству Уније, који се стварају преко институција Европске уније. Једна таква чињеница, чак и да није процентуално прецизно изражена, указује на значајну улогу коју актери Европске уније и њихових политика имају у свакодневном животу европског грађанина. Преко „кризе државности" све очигледнији је евидентан распад моћи у унутрашњим политичким системима, па се отуда европске земље уводе у убрзани интеграциони процес. Било би некоректно да се аргументује да национални доносиоци одлука (*policy-makers*) не продужавају да играју кључну улогу у обликовању заједничке политике (нешто што се посебно материјализује преко међувладиних институција које стварају и доносе кључне макрополитичке одлуке, а такође дефинишу битне политичке оквире), иако је ауторитет дат Унији и њеним институцијама неспоран доказ за подстицај убрзаног интеграционог процеса, у највећој мери, направљен ради повећане свести о потенцијалној економској конкурентности и геополитичкој моћи.

Анализирајући изјаву Жака Делора о великом социоекономском утицају права Уније на унутрашње правне режиме њених земаља-чланица, јавља се и једна велика дилема: како је могуће да је 80% социоекономских норми оформљено у Унији, када се у највећој мери све социоекономске норме практично стварају у политичком контексту и у сагласности са потребама грађана саме земље-чланице? Управо је одговор на ово питање иницирао истраживање спроведено у овом раду.

Очигледно је да се „национално дефинисани политички захтеви и политичке потребе деле у заједничком европском оквиру",[2] а одатле произлазе и „европске политике" које се имплементирају у земљама-чланицама. Европска унија несумњиво представља „политичку арену" која лежи на „амалгаму двостепеног владања", а паралелни носилац ових процеса са администрацијом институција Уније је увек национална јавна администрација одговарајуће земље чланице која обезбеђује други степен владања.

[1] Hellen Wallace, William Wallace, *Policy Making in the European Union*, Oxford University Press, New York 2005.

[2] H. Wallace, W. Wallace 4

Политика проширивања ЕУ је, несумњиво, интегрални део „велике слике" повезане са процесом европске интеграције. Да би се разумела позиција Републике Македоније у овом процесу, есенцијално је да се прво анализира баш оно што се подразумева под процесом проширења, како у односу на протекли напредак, тако и у односу на будуће циљеве и истовремено да се сагледа специфична улога Републике Македоније и њене спремности да се прилагоди европским нормама. Националним доносиоцима одлука поверена је витална одговорност да приступе изградњи и убрзању интегралног процеса, у ком правцу су капацитет и стуруктуре институција, као и национална јавна администрација, најчешће драматично потцењени.

Критеријуми за проширење Европске уније, са шире тачке гледишта, пре свега налазе се у општим нормама. Критеријуми за приступање утврђени су закључцима на Европском савету у Копенхагену 1993. године, као и допунским критеријумима за чланство на Мадридском европском савету 1995. године. Уколико се анализирају ови критеријуми, лако се може закључити да су упутства за приступање у значајној корелеацији са стварањем адекватног институционалног система који има капацитет да води процес приступања. Такође, веома је важно да исти такав институционални оквир постоји и после стицања чланства, будући да свака нова земља-чланица мора да се прилагоди заједничком административном и институционалном систему Уније. То је систем који је усмерен, пре свега, ка одговарајућој имплементацији права Европске уније, али исто тако, обезбеђењу једнаког приступа свих грађана Уније остваривању својих права.

Трансформација улоге државе и модели владања у Европи су дубоко испреплетани са функционалном постављеношћу административних институција земаља-чланица Европске уније, а истовремено и са самим институцијама Уније. Одатле произлази и императивна потреба анализирања спремности административних структура за приступ заједничком административном систему.[3]

Циљ овог рада је да се презентује процес европских интеграција Македоније, који се огледа кроз призму постојећег унутрашњег институционалног оквира. Интеграција Републике Македоније у Европску унију била је и остаће приоритет сваке политичке елите, независно од њене локације у политичком спектру. Национална испитивања јавног мњења стално указују да македонска јавност (независно од етничког фактора) види европску интеграцију као кључни спољнополитички приоритет. Потребно је да се истакне аргумент да перспектива евроатланске интеграције делује као стабилизирајућа сила у унутрашњим друштвеним односима. Узимајући у обзир овакве

[3] Herwig C.H. Hofmann, Alexander Turk, *An Introduction to EU Administrative Governance*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK 2006.

чињенице и варијабле, намера писаца је да се да објективна оцена о стању националних институција и јавне администрације на том пољу, као и да се оцени да ли кључни носиоци ових тела поседују потребне капацитете да би македонским грађанима обезбедили њихов „захтев за европеизацију“.

2. МАКЕДОНИЈА И ПРОЦЕС ПРОШИРИВАЊА

Политика прошираваења увек је била „интегрални део интегративног процеса и процеса политичког одлучивања у оквиру Европске уније“,[4] и поред чињенице да је овај фактички процес све до великог проширења 2004. године био „ограничен на неколико дискретних епизода“.[5] Став Уније према процесу проширивања саставни је део генералног приступа који садржи Политика за проширење, која је по својој природи композитна политика, односно „широки политички оквир који произлази из више политика и широког спектрума политичких области“.[6]

Као што је поменуто, од тренутка своје независности, Македонија има „уперене очи“ ка чланству у Европску унију. Први моменат сарадње између ЕУ и Републике Македоније догодио се 1996. године, када је Македонија испунила услове за добијање средстава преко програма *PHARE* Европске заједнице. Од тог момента, који је био примарно оријентисан ка финансијској подршци, виде се јасни и сериозни кораци оба субјекта (Републике Македоније и Европске уније) ка све ближем политичком савезу. Несумњиво је да постоје три кључне тачке интереса, када се ради о анализи македонског евро-интегративног процеса: 1. потписивање Уговора о стабилизацији и асоцијацији; 2. добијање статуса кандидата, и 3. процес визне либерализације.[7]

Нажалост, у тренутку писања овог рада, због „објективних узрока“, не може се дати и четврта тачка интереса: отварање преговора о приступању. Независно од сваке аргументације повезане са спремношћу институција и друштвених покретача, рекло би се да

---

[4] H. Wallace, W. Wallace, 62.

[5] Neill Nugent, *At the Heart of the Union: Studies of the European Commission*, Macmillan Publishing, London 1997.

[6] Deirdre Curtin, *Executive Power of the European Union: Law, Practices and the Living Constitution*, Oxford University Press, New York 2009.

[7] То је процес који је од великог значаја, јер отвара границе Европске уније за грађане Македоније. Иако постоје политичке реперкусије, у највећој мери пози тивног карактера, највећу корист има обичан македонски грађанин и професиона лац. Ипак, циљ овог рада је да се расправе и анализирају смернице институционал ног јачања, и отуда је непотребно, у овом моменту да се анализира овај процес.

у овом тренутку Република Македонија за почетак овог процеса заслужује да постигне тај стадијум у свом евроинтеграцијском путу.

Даље, од тренутка добијања статуса кандидата, Република Македонија се налази у имплицитно интеграционом мировању. Иако евроатланска интеграција остаје приоритет, и до одређене мере се предузимају кораци за постизање тих циљева, блокада за отварање приступних преговора делује као политичко, а и техничко назадовање. Да ли македонски лидери поседују капацитет да реше питања и препреке које им стоје на путу, као и да ли бирократија може да нађе своје место у комплексном административном систему којем се Република Македонија приближава?

3. СТАТУС КАНДИДАТА: ШТА СЛЕДИ?

Не постоји сумња о европској будућности Македоније, и свако „да ли" одмах треба преформулисати у „када". Стварање институција, поготово у сагласности са европским критеријумима, је битан приоритет Републике Македоније. Историјски тренутак се десио 16. децембра 2005. године, када је Европски савет дао Републици Македонији статус кандидата. Текуће реформе, као што је већ поменуто, биле су приоритет свих досадашњих влада, и тај заједнички дијалог са Унијом довео је до препоруке Европске комисије за отварање преговара за приступање чланству. Овде се неће анализирати узроци због којих до овог момента нису отворени преговори за приступање, јер је једини критеријум који није испуњен билатерално питање о имену са Републиком Грчком. Уместо тога, анализираћемо шта може да уради Република Македонија на свом путу ка евроинтеграцији.

Анализирајући Копенхагеншке и Мадридске критеријуме, јасно може да се види потреба за стабилним унутрашњим политичким системом. Оно што може да се истакне као посебно значајно, а где су највеће слабости Републике Македоније, је стабилност институција које обезебеђују демократију, владавину права, људска права и поштовање права мањина,[8] као и закључци Мадридског европског савета који се односе на ефективну примену законодавства Европске уније преко одговарајућих административних и судских структура.[9]

Треба нагласити да, и поред непостојања директне надлежности, Европска унија има утицај на методе преко којих земље чланице

[8] European Council Conclusions from 1993 Council Meeting, European Union, Copenhagen 1993.

[9] European Council Conclusions from 1995 Council Meeting, European Union, Madrid 1995.

организују своје административне системе. Европска унија намеће заједничке обавезе које морају да се материјализују, што значи да су земље чланице слободне да организују администрације по властитом нахођењу, али те администрације морају да воде процес доношења одлука на начин на који би се обезбедила одговарајућа и правилна примена свих обавеза постављених од стране Уније, у контексту реализације циљева постојаних политика.[10] Ти принципи морају се повезати са принципима садржаним у *acquis communautaire*: добрим управљањем, заштитом људских права и слобода, администрацијом која је тржишно оријентисана, администрацијом као јавном службом у функцији остваривања права и слобода грађана, итд.

Хејдбредер (*Heidbreder)* сматра да сама идеја о постојању Европског административног простора произлази управо из повећаног интензитета проширавања, при чему је чињенично стање у земљама потенцијалним чланицама било различито од њиховог реалног потенцијала за испуњивање критеријума за чланство. Тако, мере које су се преузимале за реформу администрације биле су коришћене испрва као пут за улазак у сам процес апроксимације по универзалном моделу Европске уније, а накнадно су послужиле као механизам конкретне апроксимације са *acquis communautaire*.[11]

Сагласно Партнерству за приступање закљученом између Републике Македоније и Европске уније, морају се предузети убрзани кораци за одговарајућу реформу, посебно имајући у виду да ово партнерство даје више могућности за финансијску подршку поменутог процеса. Услови за Републику Македонију су јасно одређени и остаје политичким лидерима да покажу вољу за одговарајуће доношење и имплементацију права Европске уније. Доношењем Националног плана о усвајању права ЕУ (*NPAA*) обезбеђен је јасан оквир и план процеса хармонизације, који треба да обезбеди одређени успех. Ипак, остају отворена питања, како би могле институције и јавна администрација, као њихов интегрални део, да постану ефективни и ефикаснији у операционализацији преговора за приступање, као и да ли ће их реформе начинити способним за структурализацију и вођење македонске евроинтеграције.

---

10 Jacques Fournier et. Al., *Preparing Public Administrations for the European administrative Space,* SIGMA Papers: NO 23, SIGMA OECD, Paris 1998.

11 Eva Heidbreder, *Structuring the European Administrative Space: Channels of EU Penetration and Mechanisms of National Change,* KFG Working Paper, No. 05, 2009.

4. ПРИБЛИЖАВАЊЕ КА ЕУ: ИНТЕГРАЦИОНИ ИЛИ ДЕЗИНТЕГРАЦИОНИ ПРОЦЕС?

У овом тренутку, будући да нису отворени преговори о приступању, јединствен и веродостојан метод за мерење апроксимације може се добити преко Годишњег извештаја о напретку који подноси Европска комисија Савету Европске уније. Ови извештаји анализирају напредак Партнерства о приступању од 2008. године, у генералном смислу, као и процес стабилизације и асоцијације, као интегрални део партнерства за приступање. Анализирајући Партнерство о приступању између Европске уније и Македоније,[12] постаје јасно да су ови извештаји само формални механизам за мерење напретка.

Партнерство о приступању између ЕУ и Републике Македоније ствара структуру за целокупни претприступни процес. Исто наглашава област реформе, али ствара и формални финансијски механизам за подршку овом процесу. У овом случају ради се о инструменту за претприступну помоћ (*IPA*). Само Партнерство о приступању, с аспекта временског оквира за примену, идентификује два вида приоритета, који су, свакако, део структуре критеријума за проширење ЕУ. Краткорочни приоритети имају очекивани оквир за примену од једне до две године, док средњорочни приоритети имају очекивани оквир примене од три до четири године.

С обзиром на то да је циљ овог рада да се прикаже улога реформе јавног сектора у евроинтеграцијском процесу, желимо да укажемо, а касније и критички да анализирамо, специфичне циљеве које има Република Македонија у овој области и извршени (не)постојећи прогрес, анализирано преко годишњих извештаја о напретку састављених од стране Европске комисије. Ови извештаји о напретку, писани од стране запослених у Европској комисији, имају за циљ да „следе и оцењују, у детаље, шта је сваки кандидат и потенцијални кандидат постигао у току последње године и где је потребно да се уложи већи напор“.[13]

У односу на *краткорочне приоритете* постављене од стране Партнерства о приступању, у делу о реформи јавне администрације, потенциране су следеће области реформе: увођење система каријере заснованом на заслугама, са циљем да се створи одговорна, ефикасна и професионална јавна администрација на централном и локалном нивоу; обезбеђење ефикасне примене Етичког кодекса држав-

[12] Council Decision 2008/212/EC of 18 February 2008 on the principles, priorities and conditions contained in the Accession Partnership with the Republic of Macedonia and repealing Decision 2006/57/EC.

[13] European Commission DG Enlargement, European Commission, *http://ec.europa.eu/enlargement/index_en.htm*, посећено 4. фебруара 2011.

них службеника; учвршћивање административног капацитета, пре свега преко развоја капацитета за стратешко планирање и развој политике, као и побољшање обуке и развијање генералне стратегије о обуци јавних службеника; ефективну примену мера за обезбеђење транспарентности у администрацији, посебно у процесу доношења одлука, а истовремено промоцију активног учешћа цивилног друштва; даљу имплементацију реформи у телима за примену права; обезбеђење одговарајућег административног капацитета за ефективно програмирање и менаџмент (*IPA*) фондова. Партнерство, такође, идентификује и следећи средњорочни приоритет: даље развијање капацитета администрације за имплементацију Уговора о стабилизацији и асоцијацији.

Ови извештаји,[14] прогресивно анализирани, указују на одређени напредак у више области, али истовремено је видљиво да постоје и велика назадовања, посебно у области реформе јавне администрације и стабилности институција. Ако се све ово узме у контексту актуелног стања, нажалост, може се закључити да је садашња македонска Влада успела да се претвори у врло лошег менаџера процеса реформе јавне администрације.

Први извештај о Републици Македонији израђен од стране Европске комисије био је аналитички извештај који је дао свој став у вези са подношењем захтева за чланство у ЕУ. На бази тог аналитичког извештаја Европска комисија је предложила да се Републици Македонији додели статус кандидата за чланство у 2005. години. Ово мишљење Комисије служи као основа за све даље извештаје о напретку и до сада је написано пет таквих извештаја о напретку повезаних са процесом евроинтеграције Републике Македоније, узимајући у обзир Партнерство за приступање и Процес стабилизације и асоцијације.

Улога јавне администрације је један од најбитнијих елемената у сваком извештају о напретку ЕК, а процес њене реформе добија посебну критику. Нажалост, мора се закључити да се на овом плану види веома мало напретка и све мере које се сада предузимају су ирационалне и непримењиве. Најважније у свему томе је што не постоји јасно опредељење за одговарајућу примену или операционализацију препорука датих од стране Уније. У Републици Македонији реформа јавне администрације, с аспекта евроинтеграцијског процеса, има два основна приоритета, и то: генерална и потпуна реформа унутрашњег система јавне администрације, која се вреднује преко већ споменутих одредница, као и специфичнија реформа Секретаријата за европ-

[14] У табели 2 може да се види табеларни приказ свих Извештаја о напретку ЕК, осврћући се на део о реформи јавне администрације у свом оригиналном фор мату.

ска питања – тела одговорног за хоризонталну координацију између институција у односу на припрему, апроксимацију и примену законодавства ЕУ.

Отварање македонске посткандидатске етапе догодило се 2006. године, када је Европска комисија увидела да „јединствена одлука на основу које су, у септембру, замењени службеници у министарствима и јавним телима у масовним размерама илуструје да политичке промене још увек имају велики утицај“,[15] истовремено закључујући да такве промене „највише утичу на администрацију на високим и средњим руководећим позицијама и узрок су промоције меритократског система каријера“.[16] Ипак, у Извештају од 2006. године види се да „у највећој мери, реформе и организација јавне администрације одвијају се прогресивно са циљем да се побољша управљање и повећа транспарентност“.[17] Независно од тога што је нова „реформска“ Влада преузела власт, први Извештај ЕК у 2007. године у њеном мандату показује да је „после промене власти 2006. године дошло до отпуштања службеника великих размера и права је илустрација политизације именовања на свим нивоима у јавној администрацији, чија је функционалност била нарушена 2007. године“.[18] Извештај даље напомиње да су се „време и кадрови изгубили у реорганизацији и екстензивним променама у јавној администрацији“.[19] Истовремено, сумњајући у административну способност, тврди се да „мали број министарстава припрема стратешке планове, а још мање их имплементирају. Административни капацитет за стратешко планирање и развијање политика треба да буде учвршћен. Капацитет за припремање законодавства, а тиме и квалитет нацрта закона, продужује да буде неравномеран“.[20] Лако је да се аргументује да се ради о почетној грешци. Примедбе из Извештаја Европске комисије могле су се узети у обзир да би се убудуће спровеле адекватне мере елиминације таквих питања и проблема. На жалост, реалност доказује супротно и то није било случајно. Наредни

[15] European Commission, *Progress Report on the Republic of Macedonia*, European Commission, Brussels 2006.

[16] European Commission, *Progress Report on the Republic of Macedonia*, European Commission, Brussels 2006.

[17] European Commission, *Progress Report on the Republic of Macedonia*, European Commission, Brussels 2006.

[18] European Commission, *Progress Report on the Republic of Macedonia*, European Commission, Brussels 2007.

[19] European Commission, *Progress Report on the Republic of Macedonia*, European Commission, Brussels 2007.

[20] European Commission, *Progress Report on the Republic of Macedonia*, European Commission, Brussels 2007.

Извештај о напретку ЕК, из 2008. године, уочава да је направљен „мали напредак у смеру обезбеђења запошљавања високих службеника на основу професионалних квалификација. Мишљења о службеницима и напредовању нису транспарентна и нема довољно простора за развој каријере. Политизација највиших нивоа у полицији, у одређеним областима, изазива озбиљну забринутост“.[21] На основу услова о приступању (произашлих из партнерства за приступање), ЕК аргументује да се „објективни критеријуми не примењују конзистентно у процесу запошљавања и напредовања. Постоји недостатак транспарентности и одговорности у одлукама о запошљавању од стране индивидуалних административних тела, а АДС има недостатак механизама за обезбеђење законитости и целисходности тих одлука“.[22] Продужујући силазну спиралу у 2009. године, ЕК је увидела да „повећано привремено запошљавање службеника које није у сагласности са Законом о државним службеницима, поткопава запошљавање на основу заслуга. Многи од ових привремених службеника су млађи, немају одговарајуће канцеларије и немају јасно описана радна места. Ова пракса је текућа у оквирима државних органа управе и у општинама и обесхрабрује редовно запослене државне службенике“.[23] Веома је важно да овај извештај имплицитно аргументује да постоји очигледна веза између стварања институција и реформе јавне администрације са ставом да су потребни „допунски напори да би се обезбедила целовита примена Закона о државним службеницима. Посебно, капацитет министарства и општина за вредновање службеника мора бити појачан“.[24] Три године после првог Извештаја о напретку, у мандату ове владе, у Извештају од 2010. године, ЕК је уочила да „остаје забринутост у вези са политизацијом јавне администрације. Има извештаја који констатују замену обучених професионалаца с именованим лицима који имају ограничено искуство, у неколико институција“.[25] Даље, Комисија је приметила да се „високо менаџерске позиције попуњавају без критеријума о именовању, понекад, чак, и кадром који је привремено запослен“.[26]

[21] European Commission, *Progress Report on the Republic of Macedonia*, European Commission, Brussels 2008.

[22] European Commission, *Progress Report on the Republic of Macedonia*, European Commission, Brussels 2008.

[23] European Commission, *Progress Report on the Republic of Macedonia*, European Commission, Brussels 2009.

[24] European Commission, *Progress Report on the Republic of Macedonia*, European Commission, Brussels 2009.

[25] European Commission, *Progress Report on the Republic of Macedonia*, European Commission, Brussels 2010.

[26] European Commission, *Progress Report on the Republic of Macedonia*, European Commission, Brussels 2010.

Јасно је да је садашња македонска Влада, са формалног аспекта поставила реформу јавне администрације као свој приоритет, али у пракси продужава са политизацијом јавног сектора, која јој служи за остваривање своје свакодневне политичке агенде. Кључни постављени циљеви, који се претходно помињу у овом раду, установљени у Партнерству за приступање, као што је увођење система каријера базираног на заслугама да се ствара одговорна, ефикасна и професионална јавна администрација на централном и локалном нивоу, повећање административног капацитета преко развоја капацитета за стратешко планирање и утврђивање политика, као и побољшање улога и развој генералне стратегије за обуку јавних службеника, још увек нису достигнути и одговарајуће примењени у пракси. Стога је процес реформе јавне администрације кључна одредница македонске евроинтеграционе будућности.

Као што је поменуто, Секретаријат за европска питања, предвођен замеником председника Владе, има улогу да регулише и координира операционе аспекте интегралног процеса, као и да координира и приближава рад органа државне администрације и других органа и тела у процесу припреме Републике Македоније за предприступне преговоре и будуће чланство у Европској унији. Први извештај, у 2006. години, уочава да је „Секретаријат за европска питања преузео централну улогу у координацији прогреса повезаног са ЕУ интегративних циљева“.[27] Тим, који је у том периоду формирао Секретаријат, био је састављен од врхунских експерата који су тада радили на успостављању ефикасније међуинституционалне сарадње, а своје технократске способности искористили су за обезбеђење положаја статуса кандидата, при том, независно од политичких фактора“. У 2006. години, са формирањем нове владе,[28] Секретаријат је био део једне од највећих административних реконструкција у историји Републике Македоније. У извештају од 2007. године ЕК је увидела да је „Секретаријат за европска питања деградирао 40 запослених (2/3 од редовно запослених) на основу тога што су били противправно именовани. Иста одлука је, потом, била потврђена од стране АДС. Метод и време њене примене утицали су, до одређеног нивоа, на функционисање Секретаријата“.[29] Ова мера македонске Владе довела је до тога да је много запослених у Секретаријату напустило институцију и ушло у приватни сектор. Било је неколико случајева да су ти државни службеници били ангажовани од стра-

[27] European Commission, *Progress Report on the Republic of Macedonia*, European Commission, Brussels 2006.

[28] Владајућа коалиција предвођена ВМРО ДПМНЕ и ДУИ.

[29] European Commission, *Progress Report on the Republic of Macedonia*, European Commission, Brussels 2007.

не Делегације Европске уније у Скопљу у својству консултаната. У наводима Извештаја од 2008. године ЕК је приметила да је „процес преструктурисања Секретаријата за европска питања, који је започео у априлу 2007. године, био завршен у марту 2008. године. Нова структура предвиђа дуплирање запослених, али да велики део са кључних позиција у Секретаријату за европска питања... остаје празан“.[30] Још једна битна ингеренција/улога запослених у Секретаријату за европска питања је и обезбеђење одређене техничке подршке Собрања Републике Македонија, пре свега Националног савета за евроинтергграције, чији је циљ „јачање активности и одговорности свих надлежних и других органа и институција за обезбеђење заједничке сагласности и координираног деловања у процесу добијања чланства Републике Македоније у Европској унији“.[31] Европска комисија је 2010. године уредно указала да „Национални савет за евроинтеграције трпи неравномерну подршку од стране Владе која у одређеним приликама није успела да обезбеди материјале и извештаје, чак, и присуство министара“. Независно од политичке воље, улога савремене јавне администрације је обезбеђење ефикасних механизама за одговарајуће функционисање националних институција на конзистентан начин, што Секретаријат за европска питања, после његовог драстичног „реконструисања“, није успео да постигне.

5. ЗАКЉУЧАК

Последњих десет година у Републици Македонији је извршен добар део имплементације Стратегије о реформи јавне администрације усвојене још 1999. године. Био је донет низ закона, који, бар формалноправно, садрже принципе и стандарде садржане у *acquis communitauire*. У међувремену, у западноевропским државама појављују се нови стандарди, нови принципи на које подсећају и годишњи Извештаји Европске комисије у делу о јавној администрацији и које треба обезбедити за несметан, ефикасан и деполитизован рад македонске јавне администрације, ослобођен од утицаја политичких партија. Зато је 2010. године Влада Републике Македоније израдила нови Нацрт стратегије о реформи јавне администрације. Сама Стратегија, веома прецизно, али са декларативним примесама, идентификује кључне слабости јавне администације, и то:

---

30 European Commission, *Progress Report on the Republic of Macedonia*, European Commission, Brussels 2008.

31 Assembly of the Republic of Macedonia, *Decision Establishing the National European Integration Council* 2007.

– политизација и злоупотребе;
– некомпетентност (посебно руководећег кадра);
– слаб капацитет у имплементацији закона;
– затвореност према грађанима и фирмама и нетранспарентност у поступцима.

Генерална примедба у вези са Нацртом стратегије је што не постоји политичка воља Владе за шири дијалог око најважнијих питања за спровођење реформе јавне администрације. Најбољи доказ је чињеница да је 22. октобра 2010. године послат Предлог за измену Закона о организацији и раду органа државне управе[32] без икаквих претходно извршених анализа, јавних расправа, дебата и ширих консултација о овом питању. С друге стране, у Акционом плану за спровођење Стратегије (припремљен, али не и усвојен од стране Владе), ове законске измене су најављене за крај 2011. године.

Као интересантан податак може да се наведе и чињеница да се у Нацрту стратегије налазе одређени делови, чак и цела поглавља, где Влада критикује законске измене сачињене 2008. године од стране исте Владе, а које се односе, пре свега, на Закон о општем управном поступку (ЗОУП)!?

Ипак, највећи постојећи проблем у процесу реформе јавне администрације у Републици Македонији су механизми преко којих се запошљавају јавни службеници, као и конкретна величина македонске јавне администрације. У овом моменту Република Македонија се налази у веома предвидљивом предизборном периоду, јер се очекује одржавање избора средином јуна 2011. године. Овај период се користи од стране садашње владе за запошљавање што је могуће више лојалних чланова своје политичке партије, чиме се продужава силазна крива, игноришући све коментаре који већ постају интегрални део Извештаја о напретку Европске комисије, што се може видети из анализе у првом делу овога рада.

Предложено решење у Стратегији не може да реши најважнији проблем – рационализацију јавне администрације. Ако оптимална величина јавног сектора треба да износи око 70.000 запослених, предвиђеним смањењем од 1.300 лица годишње потребно је 45 година да би се дошло до оптималног броја. Рационализација јавне администрације представља неопходан услов за повећање њене ефикасности, као и њене професионализације и деполитизације. У вези са најављеним изменама Закона о државним службеницима, којим би се омогућило поједностављење услова за отпуштање државних службеника, сматрамо да ово решење није до краја оправдано, будући

[32] ЗОРОДУ органски закон који се доноси и мења квалификованом већином у Скупштини (2/3 посланика).

да су, у принципу, јавни службеници најподложнији политичким и партијским утицајима. Зато је потребно да буду заштићени посебним законским механизмима који данас постоје у законодавству Републике Македоније, али се у потпуности не примењују. Релативизирање ових законских механизама може лако да доведе до озакоњења лоше праксе партијског утицаја и политизације јавне администрације у Македонији.

Dr. Borče Davitkovski

Professor
University of Skopje Faculty of Law

Dr. Ana Pavlovska-Daneva

Associate Professor
University of Skopje Faculty of Law

PUBLIC ADMINISTRATION INCENTIVE FOR OR OBSTACLE TO THE EU INTEGRATION OF MACEDONIA

Summary

The aim of this paper is to present the Macedonian European integration process viewed through the lenses of the existing internal institutional framework. Integrating the Republic of Macedonia into the European Union has been, and will remain, a priority of every political elite, regardless of their place on the political spectrum. At this moment, as accession negotiations have yet to be opened, the only reliable method through which measurement of approximation can be made is through the progress reports, submitted yearly by the European Commission to the Council of the European Union. Macedonia still awaits for a substantial reform of the position of state servants, which would hopefully improve the performance and raise the efficiency of public administration. Such endeavor would require not only the new, reliable legal framework, but also the existence of a true political will, aimed at confronting problems and finding solutions, regardless of the short-term political price to be paid.

Key words: *Public Administration Reform. – Civil Servants – EU Integration of Macedonia. – De-politicization of Administration.*

ПОЛЕМИКА

Др Радош Љушић*

ПОЛЕМИКА ЈАНКОВИЋ-ЧУБРИЛОВИЋ

Драгослав Јанковић написао је критички приказ на књигу Васе Чубриловића „Историја политичке мисли у Србији XIX века“, Београд 1958. Уследили су одговори обојице историографа, с уважавањем достојанства актера ове уљудне полемике. Полемика се водила, ипак, о споредним питањима која су покренута у овој књизи, иако она нису небитна, али она нису у средишту Чубриловићевих погледа о политичкој мисли Србије XIX века. Полемичари су схватили да је паметније да не настављају полемику, те је остала недовршена.

Кључне речи: *Полемика. Критички приказ. Историја. Политичка мисао. „Српски човек“. Србија.*

У историографији су полемике ретке и свега неколико њих заслужују помен: Пантелије Срећковића и Илариона Руварца,[1] Душана Пантелића и Алексе Ивића, Михаила Гавриловића и Гргура Јакшића,[2] Драгослава Јанковића и Васе Чубриловића, Милорада

---

* Аутор је редовни професор Филозофског факултета Универзитета у Београду, *rados.ljusic@open.telekom.rs.*

[1] *Зборник Илариона Руварца, Одабрани историјски радови, св. 1,* Београд 1934; *Споменица Илариона Руварца,* Нови Сад 1974; *Зборник радова са Научног скупа Браћа Руварац у српској историографији и култури,* Нови Сад 1997; Сима Ћирковић, *О историографији и методологији,* Београд 2007, 96 100, 111 113, 147 153.

[2] За последње две полемике вид. библиографске податке под именима аутора у: Славица Мереник, *Библиографија радова о Српској револуцији,* Београд 2004. Спор Душана Пантелића и Алексе Ивића, који се водио поводом фалсификовања године рођења вожда Карађорђа, доспео је до суда.

Екмечића и хрватских историчара,[3] Гојка Деснице и Радоша Љушића.[4] Изречени суд не односи се на време после 1918. године, јер се тим периодом Чубриловићево дело не бави, као ни ова полемика.

Полемика која је вођена између Драгослава Јанковића и Васе Чубриловића није оставила посебан траг у историографији уопште или правној историографији, понаособ. Последица ове полемике била је нешто озбиљнија. Тема је била занимљива и заслуживала је подробнију расправу од оне коју су водила ова двојица виђених и утицајних актера.

Историографија још није вредновала дело Васе Чубриловића (1897–1990) и Драгослава Јанковића (1911–1990), будући да у нас још нема озбиљније монографије о развоју српске историографије. Појединачних приказа и оцена њихових дела има, али они су више пригодне природе и далеко су од непристрасне, свеобухватне и темељне анализе. О Васи Чубриловићу као човеку и политичару оставио је занимљив и надахнут опис Драги Јовановић,[5] а као историку Радован Самарџић.[6] О Драгославу Јанковићу писао је Мирко Мирковић.[7] Ако изузмемо Јовановића, оба рада појавила су се за живота Чубриловића и Јанковића, те су стога лишена критичких опаски и анализе, па се сврставају у пригодне чланке.

---

[3] Милорад Екмечић, „Одговор на неке критике ‘Историје Југославије’ (XIX вијек)“, *Југословнски историјски часопис* 1 2/1974, 217 225, у напомени 1 вид. по пис свих дотадашњих приказа и критика. Потом: П. Старчевић, „Зашто М. Екмечић није побио нити једну од мојих 49 примедби“, *Југословенски историјски часопис (ЈИЧ)* 1 2/1975, 183 185; М. Грос, „Идеја југословенства у XIX стољећу и ‘догмат ски национализам’“, *ЈИЧ* 3 4/1975, 121 161; В. Цилига, „О погледима Милорада Екмечића на хрватску повијест“, *ЈИЧ* 3 4/1976, 161 169; М. Екмечић, „Завршна ријеч у полемици са Мирјаном Грос“, ЈИЧ 1 2, 1976, 150 156; и М. Грос, „У поводу повлачења Милорада Екмечића од полемике“, *ЈИЧ* 1 2/1977, 168 171.

[4] На мој рад „Српска слобода“*, Архив за правне и друштвене науке* 2/1992, 353 368 Гојко Десница је реаговао са пет година закашњења, оптужујући ме да сам преузео у поменутом раду и у књизи *Вожд Карађорђе* нека документа која је он објавио, а која се чувају у Архиву Србије и за која се знало и пре његовог коришћења „Поводом фељтона Политике под насловом ‘Србија о себи’“, *Полити ка* бр. 30089 30092, 30. јул . август 1997. Следи мој одговор: „О ‘научном’ открићу самозваног ‘научног саветника САНУ’“, *Политика*, бр. 30095, 5. август 1997. и *„На учне полемике треба водити у часописима“, Политика* бр. 30096, 6. авуст 1997 (наставак). Вид. Радош Љушић, *Ангажована историографија,* Београд 2004. Десница ме је тужио суду, али је спор изгубио.

[5] Драги Јовановић, *Људи, људи... Медаљони 94 политичких, јавних, научних и других савремника* (прир. Н. Јовановић)*,* Београд 2005, 215 219

[6] Радован Самарџић, „Васа Чубриловић“, *Писци српске историје,* II*,* Бео град 1981, 193 218.

[7] Мирко Мирковић, „О научном стваралаштву Драгослава Јанковића“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1987.

Неопходно је на почетку нагласити да су оба повесника свој научни рад, Чубриловић знатно дуже од Јанковића, започели у Краљевини Југославији и да је Други светски рат и увођење новог државног и друштвеног уређења у Социјалистичкој Југославији, усмерило њихов политички и научни рад у једном, а потом у сасвим другом правцу. У међуратном периоду Чубриловић је био земљорадник, Јанковић јерезовац, а после 1945. године невољно су прихватили социјализам и марксистичке погледе и идеологију, примењујући их на повест српског народа. Чубриловић је остао доследан интелектуалац југословенског опредељења и марксистичких погледа, док је Јанковић покушао да делимично и бојажљиво ревидира свој марксистички приступ историји.

У време када се ова кратка и умиљата полемика водила, оба историка су дубоко загазили у марксистичку идеологију, према којој, по мом уверењу, нису никада били искрени и коју су невољно прихватили, наметнуту државним уређењем којем се морало повиновати уколико се желело избећи дисиденство и живети подношљивијим животом. Чубриловић је, после дугогодишњих истраживања, а за потребе студената историје на Филозофском факултету и ширу публику, објавио *Историју политичке мисли у Србији XIX века*, Београд 1958.

Поред неколико похвалних приказа и бележака, само се Драгослав Јанковић усудио да напише одмерену и благу критику на ово дело.[8] Јанковић користи појам „приказ“, „књига коју приказујемо“ и сл., али реч је очигледно о критици, која није свеобухватна, већ је усмерена само на „питање метода“, као једног од најважнијих питања савремене историографије. И Чубриловић је оцењује као „критику“ у свом одговору на Јанковићев „приказ“. Иако је запазио низ пропуста, погрешних схватања и тврдњи, као што су она о настанку и природи државе, периодизацији Србије XIX века, ауторству *Начертанија* из 1844. године, Николи Пашићу, али и још нека, Јанковић је додао још један мотив настанку ове критике – идеолошки. „Испуштајући сва та и друга питања из овог приказа, задржаћемо се једино на начину, методу обраде дела и, у нераздвојној вези с тим, на неким идеолошким ставовима, концепцијама, које су у делу дошле до изражаја“. Дакле, Јанковић ставља у први план својих запажања методолошка и идеолошка неслагања с аутором *Историје политичке мисли у Србији XIX века*, а зарад будућих истраживача који „по основним методолошким питањима лутају, не сналазе се, греше“ (стр. 215). Он је уверен да је Чубриловићева књига нарочито погодна за ову врсту расправе. Из овога би се стекао утисак да је Јанковићу Чубриловићева *Историја*

[8] Драгослав Јанковић, „О методу у књизи проф. В. Чубриловића *Историја политичке мисли у Србији XIX века*“, *Наша стварност* 2/1958 (децембар), 214 223.

„легла“ за критички осврт са два становишта – методолошког и идеолошког.

Пре него се осврнуо на лоше стране књиге, Јанковић је указао на неколико њених добрих одлика. Књига је посвећена „крупном проблему“ у једном дужем периоду, за разлику од дотадашње историографије која се занимала проблемима кратког трајања. Она чак превазилази један век, залази у дубоку прошлост и прати неке појаве до 1941. године, до слома југословенске државе. Чубриловић је искорачио испред предратне историографије и због тога што је повезивао политичке догађаје са друштвено-економским и што је политичаре и идеологију објашњавао друштвеним факторима. У покушај „новије оријентације“ Чубриловића, Јанковић је навео и то да је добро приказао „постанак хрватских странака и њихових идеологија“, иако је ово питање сувишно у књизи и не може му се наћи оправдање осим у подилажењу хрватској историографији оба актера (стр. 214).

Иако Јанковић хвали Чубриловићево излагање неких догађаја до 1941. године, нама се чини да је то једна од слабости књиге. А њу налазимо у томе што се морала оправдати промена друштвеног поретка у Југославији током Другог светског рата, самим тим и њена пропаст 1941. године. Тај стереотип није се мењао до распада социјалистичке Југославије, уз неке изузетке.

Какве су замерке које је Јанковић запазио у књизи Чубриловића?

Јанковић је своје примедбе сврстао у две целине. У првој целини он их анализира захватајући период до XIX столећа и константује да је реч о књизи која даје „какаву-такву синтезу историје Србије у XIX веку, посматрану са становишта наше Народне револуције“. Ако је раније похвалио ауторово праћење неких збивања до 1941. године, на ову мисао Чубриловића није се више освртао, јер би и сам запао у невољу. Чубриловић се „покривао“ посматрањем прошлости са становишта Народне револуције (1941–1945), у шта се није смело дирати, ако се хтео избећи сукоб са званичном историографијом марксизма, заснованој на победи Комунистичке партије у грађанском рату. Зато Јанковић олако прелази преко овог, јасно и унапред усмереног посматрања и тумачења српске повеснице, једностраног и далеко од објективности и свеобухватности.

Чубриловић тврди да је дао „један синтетички приказ политичке историје Србије у XIX и XX веку, или тачније политичких програма и идеологија у њој кроз XIX и XX век“. Јанковић му замера да су анализа и синтеза „нераздвојни делови једног јединственог процеса истраживања истине“, те изостављање анализе представља једну од слабости коју је испољио аутор. Критичар му замера још и то да у његовом делу преовладавају „уопштена тврђења, оп-

шти закључци, далекосежне оцене“, које немају чврсту подлогу у чињеничком материјалу и дотадашњим резултатима историографије, а све наведено било му је неопходно како би оснажио своје „унапред формиране ставове“. Јанковић на основу тих исказа тврди да је реч о „квази-синтези“ јер је производ „размишљања и домишљања“ и идеја које негде лебде а аутор их неодговорно „спушта“ у књигу. „Преовлађују, дакле, или тврђења недовољно доказана, аргументисана или недоказива, или општа места тзв. јавног мњења некадашње Србије“, примећује Јанковић и тиме недвосмислено прелази учтиве границе једног приказа и дубоко залази у област утемељене критике (стр. 216).

Следе примедбе на текст о повести српског народа на простору Србије који претходи XIX веку и њих је шест.

1) Јанковић, иако и сам робује марксистичкој терминологији („снаге назадне и прогресивне“, „друштвено-економски“, „друштвене класе и класна борба“, „нематеријалистичко“, „Народна револуција“ итд), с правом замера Чубриловићу појмове као што је „српски човек“, „балкански човек“, „планински човек“, итд. јер их није дефинисао, преузевши их од Јована Цвијића, којем и дугује идеје за овај одељак, прилагодивши их сврси књиге.
2) Чубриловић у повесници Србије придаје пресудан значај улози сточара, „планинског човека“. Овде се Јанковић осврнуо и на улогу влаха сточара у средњем веку и у време турске владавине. Јанковић је само указао на неке Чубриловићеве недоречене мисли, али ни сам није понудио никакво решење. О овом важном питању у историографији се водила и води се значајна полемика.[9]
3) Улога привредно-географског фактора у формирању немањићке државе је спорна, јер није довољно проучена.
4) „Српски човек“, односно Срби, оформљени на традицији немањићке феудалне државе, тежили су од XIV века до 1941. године „јакој и моћној српској држави на Балкану, српској царевини“. Јанковић сматра да носилац овакве идеје није „српски човек“, већ појединци, „одређени круг људи“.
5) На Српску православну цркву утицао је битно родовско-племенски карактер Срба, народне песме и косовска легенда, а све то омогућило је посебан филозофски поглед на схватање државе. Јанковић је на ове погледе Чубриловића „заборавио“ да понуди свој коментар.

[9] Османисти и историографи који су проучавали повест Срба у Хабзбуршкој монархији још увек се споре око овог питања. Библиографија о овом проблему је обимна, те је стога не наводимо.

6) Чубриловић придаје „највећи значај патријархалном друштву и патријархалној демократији српског села". Јанковић замера Чубриловићу што се не види јасно значење и смисао појмова: „патријархално друштво", „патријархална цивилизација", „патријархална демократија", „здрава буржоаска држава", пошто аутор и не води бригу о њиховој „друштвено-економској садржини". Много шта је Чубриловић оставио необјашњеним, а то потиче отуда што је његов метод заснован на брзим, лаким и апстрактним уопштавањима, што га је нагонило на „крупне генерализације", недовољно утемељене и често произвољне. Све наведно чини суштину испољених слабости методолошке природе (стр. 216–219).

У другом делу критике Јанковић се осврнуо на преостали део књиге, не упуштајући се у анализу многих питања које ово дело покреће, већ само на два проблема. Правни историограф је окарактерисао овакав приступ као „нематеријалистичко и неисторијско приступање" објашњавања политичких идеологија и програма.

1) Иако је похваљен као један од бољих историка по томе што се озбиљније позабавио друштвено-економским проблемима, Јанковић му замера да при томе није довољно узео у обзир „интересе друштвених класа и група". Поново се вратио „српском човеку", тврњом да је имитација Цвијићевог „динарског човека" и да га је овакав приступ водио идеалистичким и националистичким погледима. Наравно, Јанковић је Цвијића поштедео, под условом ако би се примедбе на Чубриловића тумачиле посредно и као примедбе на Цвијића, што, чини се, није била намера Јанковића. Замерка на поменуту синтагму може се свести на то да њу „није сасвим лако утврдити, јер 'динарски' или 'српски' човек остаје увек динарски или српски човек", дакле, непроменљива категорија. Јанковић се у овај антропогеографски и повесни проблем није подробније упуштао.

2) Следи, очигледно, најтежа критика Чубриловића, можда и најоправданија, да је „друштвене класе и класну борбу" погрешно приказао и оценио. Уместо да класну борбу посматра као основног покретача друштвеног развоја Србије, битне ставке у марксистичком поимању повести, који овде Јанковић заступа доследно за разлику од Чубриловића, писац *Историје политичке мисли* избегава да користи термине „буржоаска класа" и „радничка класа", већ појмове грађанство и сељаштво. Чубриловић приписује сељаштву (Јанковић му још замера да је пре Другог светског рата био земљорадник и члан Земљорадничке странке, те да је и то

> утицало на следеће схватање) покретачку снагу у развоју српског друштва: „диже буне, изграђује прву државу и даје јој свој печат". Запостављање буржоаске и радничке класе и њихове улоге у историји Србије једна је од основних замерки марксистичког историографа Јанковића, а једна од најбољих страна ове књиге, уверени смо. Он то недвосмислено каже: „то је, по нашем мишљењу, знак и израз (један од многих у књизи) одсуства схватања и осећања за прави значај класне борбе у развитку друштва". Такав приступ је „комотан и неисторијски" и не може се правдати тиме што је писан за шири читалачки круг, закључује Јанковић (стр. 320–322).[10]

Неспорна је чињеница да је Јанковић избегао да дело прикаже и критикује у целини и у бројним другим појединостима, те се, као што је изнето, само осврнуо на она питања која су се лакше могла подвести под идеологију марксистичког поимања повести. Осим метода и неких идеолошких погледа, све остало је запостављено у овој критици. Изненађујуће је да је осврт на догађаје пре почетка XIX века знатно опширнији (иако је тај део уводни и кратак), док је потпуно занемарена суштина овог дела, политичка мисао и идеологија Србије XIX столећа (иако овај део чини окосницу књиге и знатно је опширнији).

Уследио је Чубриловићев одговор.[11] И Чубриловић настоји да одговори у духу марксизма, користећи као и његов опонент марксистичку терминологију: „класне борбе које бесне", „класна друштва", „класне државе", итд. Он Јанковића дословно ословљава марксистом, што данас оставља утисак ироничне похвале.

Чубриловић се осврнуо на две методолошке „крупне замерке" у Јанковићевој критици: 1) да није „повезао анализу и синтезу" и 2) да је књигу написао „неисторијски" и „нематеријалистички". Чубриловић наглашава да је дело настало после тридесет година проучавања српске повести, да је његова књига „општег какатера" и писана за шири читалачки круг, те је стога избегао да наводи изворе и литературу.

Уверен у неоснованост Јанковићеве критике, а не упуштајући се у подробнија објашњења на Јанковићеве примедбе и избегавајући их, он је навео четири његова дела (*О политичким странкама у Србији XIX века*, 1949; *Историја државе и права ФНРЈ,* 1950;

[10] Чубриловићево дело служило је годинама као обавезна литература за полагање испита на Одељењу за историју Филозофског факултета.

[11] Васа Чубриловић, „Поводом критике професора Јанковића на моју књигу: Историја политичке мисли у Србији XIX века", *Наша стварност* 3/1959 (март), 363 370.

Историја државе и права Србије у XIX веку, 1952 и *Историја државе и права феудалне Србије од XII до XV века,* 1953) и упитао се како је могао да их напише за неколико година, да савлада сву грађу и литературу и буде оригиналан? У томе види „суштину разлике писања“ између њих двојице, наглашавајући, при томе, да је и његов приступ историји марксистички (стр. 363–365).

Потом је дао одговоре на конкретне примедбе, оцењујући их као „крупне“.

1) И даље остаје при тврдњи о власима сточарима држећи се сопствених истраживања и позивајући се на Стојана Новаковића и Јована Цвијића, придодавши им и нове резултате османиста – Бранислава Ђурђева, Хазима Шабановића и Милана Васића, а критикујући Јанковића да се у својим делима држао Тарановског, чији закључци, засновани на малом броју правних извора, не могу дати целовит увид у ову комплексну проблематику. Не упуштајући се у појединости ове расправе, с разлогом покренуте, понављамо да су спорења око овог питања и данас присутна у историографији (стр. 365–366).
2) Кад је реч о патријархалној култури, развоју села и народној поезији, Чубриловић остаје при свом мишљењу и још додаје да је о томе опширније писао, с упутом на изворе и литературу, у књизи *Историја народа Југославије*, други том, која је те године предата у штампу. Уз позивање на класике, стране (Л. Морган, Ф. Енгелс) и домаће (В. Караџић, С. Марковић, С. Новаковић, Ј. Цвијић) и новије српске истраживаче (Б. Ђурђев, Б. Недељковић, Р. Гузина) остаје упоран у свом конзервативном погледу на повест Срба, за разлику од Јанковића, који је исказао благу сумњичавост у окоштало схватање ових важних питања. Вреди навести Чубриловићеве речи којим оспорава Јанковићеву сумњу о томе који од поменутих проблема утичу на напредак и демократичност у развоју српског друштва: „Не разумем зашто би оспоравао код нас значај родовског племанског друштва за развој демократске мисли, кад је то једном усвојена констатација за сва друштва како од грађанских, тако од социјалистичких историчара и социолога“. Иако ни један ни други повесник не нуде сопствене одговоре засноване на добрим истраживачким основама, ипак, Јанковић поставља питање оправданости увреженог мишљења и покреће га, уверен да се у том правцу могу постићи нека нова сазнања, иако их и сам не нуди, јер се тиме истраживачки није бавио, док Чубриловић остаје укопан у традиционализам који се мора поштовати и

> не сме доводити у сумњу („не разумем зашто би се оспоравао“!). Општи је утисак да је ово питање остало нерешено, јер Јанковићево оспоравање напретка српског народа ка демократском уређењу и друштва и државе није аналитички приказано, док је Чубриловић остао веран увреженом традиционалном мишљењу (стр. 366–369).

Највише спорења између двојице повесника односило се на увод Чубриловићеве књиге, тј. на време средњег века и турског ропства, док је XIX век скоро изостао, иако је том добу књига посвећена. И сам Чубриловић каже да је очекивао да ће Јанковић своју критику усмерити на XIX век, а не на увод његовог дела. Он правда своје погледе о „српском човеку“ тиме што је посматрао Србију као „једно јединство“ и да другачије не може бити. На Јанковићеву примедбу да није довољно обратио пажњу на „значај класног чиниоца“ у развоју политичке мисли, брани се Јанковићевим писањем у поменутим делима да је српско друштво сељачко све до краја XIX века и без развијене грађанске класе. И, на крају, правдајући се како је ипак писао и о радничкој класи, поставио је једно умесно питање: „Овде је било занимљиве грађе за дискусију и жао ми је што професор Јанковић и о томе није говорио у својој критици“ (стр. 369–370).

Чубриловић правда последње поглавље у својој књизи, у којем је обрадио време од 1918. до 1941. године, тиме што га оцењује као додатак делу. То, несумњиво, не стоји и не може се тако олако правдати. Оно и није написано као додатак, већ као последње поглавље. Био је то манир бивших грађанских повесника којим су правдали свој рад пред новим, комунистичким властима, тиме што су морали тврдити неминовност пропасти грађанске југословенске државе и неминовност настанка социјалистичке југословенске државе. Уосталом, зашто би се, пред Јанковићевом, такође неумесном критиком овог одељка, правдао тиме да је требало више писати о радничкој класи и Комунистичкој партији у тој епоси (стр. 370).

Позивајући се на „гостољубивост другова из Редакције ‘Наша стварност’“, Чубриловић је одустао од одговора на остале примедбе Јанковића, што је, верујемо, био лош изговор. Али има нечег у овој полемици што је издваја из уобичајених српских спорења. Она је писана уљудно и са поштовањем и критиковане и оспораване личности. У том погледу посебно се истицао Чубриловић, који пише: „молио бих професора“, „бићу захвалан професору“, „само бих га молио“ и, потом, замолио професора Јанковића да избегава термине, као што су: „банално“, „квази-синтетички“, „комотно“, „публицистички“ и сл., јер не доприносе рашчишћавању озбиљних научних проблема (стр. 370). Јанковић је у свом одговору изразио жаљење због употребе тих термина којим се академик Чубриловић осетио повређеним.

Последња реченица је наговестила Јанковићев одговор: *Поводом одговора проф. В. Чубриловића.*[12] Текст је кратак и губи елементе критичког приказа. Јанковић остаје, зарад српске историографије, на становишту да је Чубриловићу упутио речи критике на „погрешан, ненаучан и неисторијски метод“ који се огледа, првенствено, на идеалистичко писање о „српском човеку“. Историја се не сме обрађивати импресионистички, али не наводи никакав нови или не понавља стари пример за ову, сада већ оштрију осуду. Подвлачи још једном, као убеђени и окорели марксиста, што очигледно Јанковић то није суштински био, али му је такво покриће било потребно, према једном несумњивом ауторитету какав је био Чубриловић, да је недовољно писао о класи и класној борби и да је његово схватање буржоазије („у ствари варошана“) неадекаватно и непотпуно. И, оно у чему обојица нису били у праву, или су обојица били у праву, али то нису хтели један другом да признају, да и критиковани и критичар имају право да пишу дела без научног апарата, али да су, ипак, одговорни за оно што су написали и да се то може проверити, било да је дело писано са напоменом или без напомена. Дакле, суштина би била у садржају, а не у форми. Свој кратак одговор Јанковић је завршио тврдњом да „нема услова за конструктивну детаљнију и конкретну полемику о појединим проблемима“ (стр. 761–762). Оваквим ставом, који се у неку руку не разликује много ни од Чубриловићевог (није одговорио на све примедбе Јанковића), оставио је читаоце без коментара на најважнија питања којим се бави књига Чубриловића, а то је Србија XIX века, њена политика, њено друштво, идеологије и политичке странке.[13]

---

[12] Драгослав Јанковић, *Наша стварност,* 1959 (јуни).

[13] Без намере да допуњавамо Јанковићеву критику Чубриловићеве *Исоторије*, указујемо само на неке ауторове ставове о XIX веку, које је критичар занемарио, по свему судећи свесно. Чубриловић не скрива да је књигу писао „као научник и као политички човек“. Он наглашава да је Србија „заузимала централно место“ у настанку Југославије, те је стога и најодговорнија за збивања 1918 1941. године. *Историја* је настала пошто је претходно добио задатак да напише завршно дело за чувену међуратну едицији „Српски народ у XIX веку“ и да су му рукописи пропали током рата, а да је у поратном периоду започео рад на паралеланом приказивању идеологије Илије Гарашнина и Светозара Марковића. Све наведено је битно утица ло на концепцију Чубриловићеве *Историје*. То се посебно види по томе што је Гара шанину и Марковићу поклонио највише пажње и што овај део представља окосницу књиге. Чубриловић у *Предговору* каже, а то је веома битно за оцену садржаја књиге, да је приказао „развој друштва и државе у Србији XIX века и како се тај развој одра жавао у нашим политичким покретима“. Речју покрети, заменио је речи идеје и мисао, што није исто. Дакле, Чубриловићева *Историја* је чудан сплет повести србијанског друштва и србијанске државности XIX века. Покажимо то према одељцима књиге сврстаним у ове две целине: 1) државност Српска револуција, Аутономна Кнеже вина Србија, борба за стварање Југослацвије (у ову целину могу се сврстати ратови за ослобођење 1876 1878, ратови за уједињење 1912 1918, југословенско питање у Хабзбуршкој монархији) и 2) друштво грађанска политичка мисао и грађански

Зашто је ова уљудна полемика, мало заоштренија Јанковићевим одговором, остала недовршена? Ретке су књиге, попут Чубриловићеве *Историје политичке мисли у Србији XIX века*, које су пружале могућност за свеобухватну анализу и критику једног дужег периода, државе и друштва које је било стуб свеукупних дешавања у српском народу у последња два столећа. Књига Чубриловића била је оспоравана и хваљена у усменим расправама, а знатно ређе у научним делима. Ако историци нису осећали потребу да напишу неку реч хвале, најчешће су избегавали да саопштавају замерке, верујем, опечени искуством Јанковића, да се угледном историографу не би замерили. Један академик, чије име желим да сачувам, неколико пута ми је рекао да ће написати критику на књигу, али пошто њен аутор не буде међу живима. Није то урадио ни после Чубриловићеве смрти, као да и даље страхује од сенке покојног и моћног академика. Критику је ваљало написати за његова живота, те је паметније што је одустао од намере. Иако нигде није јавно речено ни написано, многи од нас, блиски обојици полемичара, поуздано знамо да је Чубриловић зауставио Јанковићев избор за члана САНУ. То је једна од очитих последица проистекла из његове јавне критике академика Чубриловића. Јанковић је постао члан Научног друштва Србије и дописни члан ЈАЗУ, али то му није могло послужити као довољна утеха за пропуштеним чланством у САНУ. Ако је писцу ових редака допуштено да суди о научном раду обојице историографа, научно дело Јанковићево је, и по обиму и по квалитету, испред Чубриловићевог. Иронија судбине доделила је првом да као српски академик може одлучивати ко ће бити њен члан, а другом да не постане њен члан због неколико страница уљудне критике Чубриловићеве *Историје политичке мисли у Србији XIX века*.

По мишљењу Радована Самарџића, *Историја политичке мисли у Србији XIX века* је „можда, најзначајније Чубриловићево дело“.[14] Овом мишљењу могло би се додати и то да је имала велики утицај у социјалистичкој Југославији на начин проучавања српске повеснице XIX века, посебно Кнежевине и Краљевине Србије. Јанковићева кри-

препород (Илија Гарашанин), Омладински покрет, социјалистичка мисао Светозара Марковића, уставност и парламентаризам, идеје Николе Пашића о уједињењу, политичка мисао у Србији после 1918. године. Неспорно занимљива концепција виђења србијанског друштва и државе, пропраћена основним политичким идејама о држави и друштву. Ово је само површинско сагледавање књиге, дубинска анализа нудила је још више занимљивих, спорних и добрих погледа на овај период српске повеснице. Остаје отворено питање зашто је Јанковић избегао да покрене многа интересантна питања која је наметала овакава Чубриловићева концепција. На ово питање тешко је дати утемељен одговор, али може се претпоставити да није било умесно дирати у Чубриловићево наметнуто идеолошко марксистичко застрањивање које је морао невољно неговати и сам Јанковић.

[14] Р. Самарџић, 209.

тика није оставила значајнији траг, понајвише стога што је заобишла основну временску одредницу, XIX век, која је и детерминисала саму тему. Чак и тамо где Јанковић хвали Чубриловића, ваља похвалу прихватити са резервом, јер му потом оправдано ставља примедбе и замерке, као у случају бављења друштвено-еконмским проблемима и њиховим објашњењем појedних историјских појава.

Оно на чему је Чубриловићу највише замерао у полемици и књизи *Историја политичке мисли у Србији XIX века*, то је Јанковић касније и сам ревидирао, а реч је о марксистичко-догматском приступу историографији. Чубриловић је остао доследан интегрални Југословен по опредељењу и марксиста по нужди, а Јанковић је имао храбрости да се марксистичких историографских погледа делимице одрекне. У једној дискусији бранио је марксистичко образовање историографа, али је већ бацио будућу клицу за исказивање јавног незадовољства марксистичким приступом у проучавању повести. У тој дискусији каже да се: „југословенство приказује једнострано, апологетски, па и идеалистички“ и предлаже да се уведе једна „нова дисциплина о националном питању Југославије“.[15] Своју докторску дисертацију, *О политичким странкама у Србији XIX века*, објављену 1950. године, прерадио је тако што ју је делимично допунио и „очистио“, колико је то било могуће, марксистичких наслага, више формално (терминолошки) него суштински (садржајно), и печатао под новим насловом – *Рађање парламентарне демократије. Политичке странке у Србији XIX века,* Београд 1977.[16] За разлику од Јанковића, Чубриловић се није усудио да за живота прештампа у изабраним делима своју докторску дисертацију, *Босански устанак 1875–1878*, Београд 1930.[17] Два су разлога томе: немарксистички приступ, пошто је дело настало у монархистичкој Југославији, и ново дело Милорада Екмечића *Устанак у Босни 1875–1878*, Београд 1960 (поновљено 1973. и 1996) са сасвим другачијим приступом теми. У овом случају Чубриловић је остао доследан и није хтео да „марксистички“ дорађује своју дисертацију, док је Јанковић био недоследан, али на општу корист историографије, будући да је његово прерађено

[15] Драгослав Јанковић, „Удео историје у марксистичком образовању“, *Марк систичко образовање студената и васпитачка улога наставника“,* Београд 1972, 110 111.

[16] Много примера би се могло навести који указују да се Јанковић није могао потпуно одрећи марксистичких погледа на повесницу српског народа, али то из лази изван оквира овог рада. Наводимо само један пример из *Предговора* у којем каже да су „последња два Обреновића представљали једну од највећих кочница бржем напретку српског друштва“ (с. 9), као неспорну и овешталу карактеристику марксистичко републиканског погледа на историју.

[17] Друго издање, без измена, изашло је после Чубриловићеве смрти, 1996. године, приредио Здравко Антонић.

дело, ослобођено од марксистичких наметнутих констатација, сада корисније од оригиналне варијанте. Судбина се поиграла актерима уљудне полемике, који су хтели да им савест занатска буде чиста у временима и притисцима који су наметали опште погледе и схватања, пред којима су се повијали и ова двојица значајних повесника. Заиста је било тешко остати доследан[18] у временима коренитих друштвених промена које су урезале дубок траг у историографију, науку којом су се бавили Чубриловић и Јанковић.

[18] Марија Тодорова: „Али, као научници, ми дугујемо читаоцима бар доследност", *Дизање прошлости у ваздух,* Београд 2010, 42.

Андреја Катанчевић, мастер права*

О ПОРЕКЛУ ВРСТА ДЕЛИКАТА

Пре две године је на Правном факултету Универзитета у Београду брањена прва теза која се бавила инјуријом, вероватно најконтроверзнијим и најинтересантнијим деликтом старог римског права. Реч је о магистарском раду Огњена Вујовића *Iniuria*. Вредност овог рада се огледа у броју обрађених питања, обиму коришћене литературе и оригиналности неких хипотеза. Значај тог дела за домаћу романистику се огледа и у томе што је то први озбиљнији покушај научне обраде овог деликта на српском језику. До тада су постојала само два рада[1] далеко мањег обима и оригиналности, која су се бавила овом темом.

Огњен Вујовић, сада већ водећи српски ауторитет у овој области, је наставио свој плодни рад на овом пољу. Део тог рада представља чланак „Корени деликата *iniuria* и *convicium*",[2] који је објављен у прошлом броју *Анала*. У том тексту се он приклања једној од школа тумачења овог института, заступајући тзв. теорију о праделикту. Ово је скроман покушај да се у српску правну романистику унесе делић научне расправе која поводом ове теме већ читав век пламти међу најеминентнијим светским правним историчарима.

---

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *katancevic@ius.bg.ac.rs*.

[1] Иво Пухан, „Инјурија Закона дванаест таблица", *Годишник на Правно економскиот факултет во Скопје*, 2/1955 и Андреја Катанчевић, *Инјурија претклa сичног права* (мастер рад), Београд 2009. Поред поменутих радова, у међувремену је објављен и чланак овог аутора, „*Iniuria alteri facta* преткласичног римског права", *Анали Правног факлултета у Београду* 1/2010, 288.

[2] Огњен Вујовић, „Корени деликата *iniuria* и *convicium*", *Анали Правног фа клултета у Београду* 2/2010, 260.

1. *INIURIA RE FACTA*

У уводном делу свог чланка Вујовић каже: „У ужем значењу инјурија упућује на штету причињену туђој личности *aut re aut verbis*. Она обухвата повреду њеног физичког (*iniuria re facta*), али и моралног интегритета“.[3] Чини се да је ауторов закључак да је *iniuria re facta* „повреда физичког интегритета“. Ова дводеоба инјурије потиче из Дигеста. Тамо се каже:

> *47.10.1.1–2. Ulpianus libro 56 ad edictum 1. Iniuriam autem fieri Labeo ait aut re aut verbis: re, quotiens manus infer untur: verbis autem, quotiens non manus inferuntur, convicium fit. 2. Omnemque iniuriam aut in corpus inferri aut ad dignitatem aut ad infamiam pertinere: in corpus fit, cum quis pulsatur: ad digni tatem, cum comes matronae abducitur: ad infamiam, cum pudicitia adtemptatur.*

Овде Улпијан (Лабеон) наводи два критеријума поделе. Први је начин извршења, а други заштићено добро. У првом случају инјурије могу бити учињене „или делом или речима“, односно *re* или *verbis.* По другој подели разликује се инјурија која се „наноси телу или се њоме погађа достојанство или морал“.[4] Овде је реч о две различите класификације. Тако *iniuria re facta* није напад на физички интегритет, већ напад учињен делима (а не речима). У овом одломку се чак наводе начини који спадају у инјурију *re facta* којима се напада морални интегритет (достојанство), као што је одвођење пратиоца матроне.

Ово је примедба терминолошке природе. Она стоји само уколико неко има намеру да усвоји терминологију Дигеста. Уколико неко жели да поједине врсте деликта назове другачије, ништа му не стоји на путу.

2. *DAS URDELIKT*

2.1. Претпоставке и метод

Вујовић се у свом раду придружује оној групи аутора који заступају тезу о тзв. *праделикту* (*Urdelikt*), иако прелаже другачији назив овог појма: *пра-crimen.*[5] Наводно је у почетку развоја права постојао само један деликт, који је обухватао и нападе на интересе заједнице и нападе на интересе појединца. Његова последица је била једина позната санкција – освета. Ово је био „предак“ свих деликата

[3] *Ibid.*

[4] Превод М. Полојац, *Практикум за римско право,* Београд 2009, 231.

[5] О. Вујовић, 264.

римског права и називао се *инјурија*. По тој теорији су се из њега историјском еволуцијом развили јавноправни деликти (кривична дела) на једној, а на другој страни поједини приватноправни деликти. У доба Закона дванаест таблица све оно што није било издвојено у посебне деликте представљало је деликт инјурије. У време доношења Аквилијевог закона из тог деликта се издвојило противправно наношење штете.

Прва примедба упућена овом ставу односи се на садржину тзв. *прaделикта*. Уколико је у схватањима примитивног друштва постојао појам који је обухватао све радње које су са собом повлачиле освету, зар то једноставно није био појам *правде*, односно *неправде?* Ове идеје су биле у основи појмова *права* и *неправа* (*противправности*), који су се развили касније. Јавља се питање: У чему се разликују појмови *праделикта* и *неправде?*

Штавише, из идеје правде (или праделикта) се развило целокупно право и сви његови институти, па тако и сви деликти. Зашто би инјурија била у другачијој вези са идејом праделикта у односу, на пример, на крађу? Зар није корен оба института у заједничком „претку"?

Као и Казер (*Kaser*)[6] и Полај (*Polay*),[7] Вујовић обликом деликта инјурије сматра и *iniuria vindicatio* из Гајевих *Институција.*[8] Зашто они то тврде? Једини аргумент на који се позивају је помен речи *iniuria* у формули лигисакције. Они покушавају да нађу најмањи заједнички садржалац деликта инјурије о коме сведоче римски текстови и *iniuria vindicatio,* термина који се јавља у формули *legis actio sacramento in rem.* Из овог покушаја је настала целокупна конструкција *праделикта.*

Они греше када полазе од тога да је деликт инјурије све оно за шта се у изворима на било који начин и у било ком контексту везује реч *iniuria.*[9] Уколико би се применио такав *језички* метод поменутих аутора на проучавање древних правних текстова, свакако би се дошло до апсурда. Узмемо ли да је *један институт* све оно у чијем помену извори употребљавају *једну реч,* границе института никада не бисмо могли да одредимо, а објашњења настанка неких од њих би

6 Max Kaser, *Das altromische ius*, Gottingen 1949, 207 208.

7 Према Полају, постоји чак шест облика инјурије у Закону дванаест табли ца: *iniuria vindicare, membri ruptio, ossis fractio, iniuria alteri facta, succisio arborum* и *ruptio pecudis alterius.* Elemer Polay, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest 1986, 66.

8 О. Вујовић, 263; Gaius, *Inst.* 4.16.

9 Вујовић иде чак толико далеко да тврди: „За архаично право о инјурији постоји јасна потврда и доказ једино у оквиру *legis actio sacramentum in rem*", О. Вујовић, 271. При том, он потпуно заборавља да је формула овог поступка сачувана у Гајевим *Институцијама*, у којима се такође помиње и деликт инјурије (Gaius, *Inst.* 3.220 225), за који се ни на који начин не везује виндикација.

била прилично невероватна. Нарочито уколико у ту сврху користимо реч која се врло често употребљава у правним текстовима, као што је то *iniuria* или *ius.*

Покушајмо да исти метод применимо на реч *ius,* која је супротног значења у односу на реч *iniuria.* У Закону дванаест таблица реч *ius* (у том облику) се јавља пет пута: у 1.1,[10] 3.2,[11] 3.5[12] у контексту судског поступка, у 5.3[13] где се говори о тестаменту и у 6.1[14] где се говори о нексуму и манципијуму. Значи ли то да су судски поступак, тестамент, нексум и манципијум исти институти? Или да је некада, пре доношења Закона, постојао заједнички *предак-институт* из кога су се они развили? Сасвим је јасно да је овакав начин објашњења раних института потпуно непримењив. Реч *iniuria* се у Закону дванаест таблица, као и каснијим изворима употребљава у смислу *противправно,* баш као што се и реч *ius* употребљава у смислу *право*. Вујовић исправно примећује да је: „Инјурија... термин чија је употреба свакако старија од Закона XII таблица“,[15] да је „од својих почетака била нека врста општег појма противправности“[16] и да „је оправдано наћи у појмовима *ius* и *iniuria* најопштије и супротстављене концепте“.[17] Међутим, оно где он и поменути аутори греше, је довођење у везу *противправности* са деликтом инјурије, који немају толико тога заједничког.

О томе да се деликт инјурије развио из праделикта или неког општег појма противправности, као деликт по остатку, нема никаквих сведочанстава. О томе да је овај деликт нешто квалитативно другачије од противправности има доказа у текстовима:

> *47.10.1.pr. Ulpianus libro 56 ad edictum: Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Hoc generaliter. Specialiter autem iniuria dicitur contumelia.*

Тако је *iniuria* истовремено и *противправност* и *деликт*. Наравно, могло би се тврдити да је то била *iniuria* класичног права

[10] *SI IN IUS VOCAT, ITO. NI IT, ANTESTAMINO: IGITUR EM CAPITO.*

[11] *POST DEINDE MANUS INIECTIO ESTO. IN IUS DUCITO.*

[12] *Erat autem ius interea paciscendi ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaeque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Tertiis autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant.*

[13] *UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUAE REI, ITA IUS ESTO.*

[14] *CUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE, UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA IUS ESTO.*

[15] *Ibid.*, 264.

[16] *Ibid.*, 260.

[17] *Ibid.*, 269.

Улпијановог времена или да је реч о посткласичној интерполацији. Ипак, колико год извор који говори против тезе о праделикту могао да буде анахрон или измењен, не постоје никакви извори који би говорили у прилог тој тези.

2.1. Закључци

Полазећи од идеје о праделикту Вујовић објашњава инјурију као деликт са најширим могућим заштитним објектом. Тако он тврди: „Критеријум 'сфера приватних интереса патер фамилијаса (појединца)' је и у каснијим етапама развоја римског права био кључни за одређивање опсега деликта инјурије"[18] и да се овим деликтом „штитила... личност патер фамилијаса као својеврсног симбола вечне патријархалне породичне задруге".[19] Наравно, о овако широком заштитном објекту нема сведочанстава. Поред тога, поставља се питање: шта се штитило осталим деликтима? Закон дванаест таблица познаје, на пример, сечу туђег дрвећа и крађу, Аквилијев закон уводи противправно наношење штете, преторски едикт изигравање поверилаца. У свим овим случајевима заштитни објект је имовина. Имовина је свакако „сфера приватних интереса патер фамилијаса". Дакле, инјурија није ни приближно једини деликт којим се та „сфера" штитила. Не постоји објашњење зашто је баш за одређење тог деликта та „сфера" битнија него у случају осталих.

Према Вујовићевом ставу, *iniuria vindicatio* је облик инјурије и акт којим је „повређен и морални простор породице и њен социјални статус, а тиме и морални интегритет и социјални статус породичног старешине".[20] Инјурија је тако „у оквиру своје деликтне природе штитила разнородне објекте (и имовину и телесни и морални интегритет)".[21] Ове тврдње такође нису поткрепљене изворима и о њима не постоји ниједан доказ. О садржају инјурије (у времену Закона дванаест таблица) имамо следеће изворе:

> *Gaius, Inst. 3.223: Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum aut consilum trecentorum assium poena erat, si libera os fractum erat; si servo CL; propter ceteras vero iniurias XXV assium poena erat constituta.*
>
> *Paulus, Sent. 5.4.6: Iniuriarum actio aut lege aut more aut mixto iure introducta est. Lege Duodecim tabularum de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis.*

---

[18] *Ibid.*, 260.

[19] *Ibid.,* 269.

[20] *Ibid.,* 263.

[21] *Ibid.,* 270.

као и реконструкцију Закона дванаест таблица:

8.2: SI MEMBRUM RUP<S>IT, NI CUM EO PACIT, TALIO ESTO.

8.3 (Collatio, 2.5.5 Paulus Iniuriae) Legitima ex lege duodecim tabularum: „ qui iniuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poenam subito.“ Quae lex generalis fuit: fuerunt et speciales, velut illa:“ si os fregit libero, ccc si servo, cl poenam subito sestertiorum.“

8.4. SI INIURIAM ALTERI FAXSIT, VIGINTI QUINQUE POENAE SUNTO.

Као што се из извора може видети, инјурија петог века пре н.е. обухвата нападе на тело и на част. Једино место где се можда помиње заштита имовине је прелом кости роба. Међутим, чак и ту остаје спорно да ли је објект заштите тело роба или имовина господара. *Iniuria vindicatio* се нигде не помиње као облик деликта. Тако се може тврдити да је неоснован став да је икада постојао некакав омнибус деликт какав помиње Вујовић.

Други закључак који произлази из оваквог тумачења старог права је да је противправно проузроковање штете својеврсни *потомак* старе инјурије. Наиме, Аквилијев закон је наводно донет да би се из обима деликта издвојили напади на имовину. „У ширем смислу инјурија подразумева и штету нанету туђој имовини (*damnum iniuria datum*). Овај имовински деликт је захваљујући *lex Aquilia de damno iniuria dato*, који је донет негде око 286. пре Христа, издвојен у посебан деликт“, тврди Вујовић.

Прва замерка овој тези је језичке природе. Штета нанета туђој имовини је *damnum*, а не *iniuria*. Превод синтагме *damnum iniuria datum* није *штета штетно проузрокована*, него *штета противправно проузрокована.* Пред тога, ово није чак ни штета која је проузрокована деликтом инјурије, јер се у текстовима нигде не захтева постојање деликта инјурије, већ искључиво постојање противправности:

D.9.2.5.1. Ulpianus libro 18 ad edictum Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit:

Collatio, 2.5.1 Paulus Iniuriae Generaliter dicitur iniuria omne, quod non iure fit: specialiter alia est contumelia, quam Graeci hubrin appellant, alia culpa quam Graeci adikema dicunt, sicut in lege Aquilia damnum iniuriae accipitur, alia iniquitas et iniustitia, quam Graeci adikian vocant.

I.4.4.pr Generaliter iniuria dicitur omne quod non iure fit specialiter alias contumelia, quae a contemnendo dicta est, quam

Graeci φωρας appellant; alias culpa, quam Graeci ἀδἰχημα dicunt, sicut in lege Auilia damnum iniuria accipitur; alias iniquitas et iniustitia, quam Graeci ἀδἰχιαν vocant.

Следећа замерка наведеној хипотези је у вези са генеалогијом, односно пореклом противправно проузроковане штете. Наиме, не постоји ниједан доказ да је Аквилијев закон обухватио један део заштитних објеката инјурије Закона дванаест таблица. Поменути извори говоре да је у време Закона дванаест таблица инјурија штитила част и тело. Аквилијев закон санкционише противправно уништење или оштећење туђе ствари:

D.9.2.2.pr. Lege Aquilia capite primo cavetur: „Ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto":

D.9.2.27.5. Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: „Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto".

Дакле, једина подударност објекта заштите је поломљена кост роба, а чак и ту се не може са извесношћу тврдити да ли се у Закону дванаест таблица штити тело роба или имовина његовог власника, као што то чини Аквилијев закон. То значи да противправно проузроковање штете није никако могло деривирати из деликта инјурије петог века пре н.е.

3. ПЛАТОН ИЛИ ИСТИНА

Теорија о римском праделикту је неоснована. О њему не сведочи ни један једини извор. С друге стране, постоје бројни текстови који имплицитно негирају његово постојање. Метод којим су се служили они који су дошли до идеје о „претку деликата" је непримењив. Такође нема доказа да су се римски деликти развијали једни из других на еволутиван начин. Сва сведочанства којима располажемо говоре управо супротно. Међутим, Вујовић наставља оним путем којим су кренули Казер и Полај, развијајући њихове хипотезе.

Макс Казер је несумњиво највећи романиста двадесетог века. У његовој последњој четвртини Елмер Полај је највећи светски ауторитет у материји инјурије. Управо поштовање према њима захтева да њихове грешке буду исправљене.

ПРИКАЗИ

Др Борис Беговић*

Philippe Aghion, Peter Howitt, *The Economics of Growth*, The MIT Press, Cambridge, MA 2009, 495.

Књига чији приказ следи је – уџбеник. Зашто, уопште, приказивати један уџбеник, макар био он, попут овог, напредан по свом нивоу излагања, намењен никако не почетницима, већ доказаним студентима и истраживачима? За то постоји неколико ваљаних разлога. Први је његова тема – привредни раст, један од најзанимљивијих, најтајанственијих и најрелевантнијих феномена савремене економске науке, процес којим се из сиромаштва долази до просперитета. Други је чињеница да су аутори овог уџбеника водећи теоретичари привредног раста, па стога нуде специфичан, „инсајдерски" поглед на ову област, као и неколико својих теоријских иновација, а иновације таквих аутора заврећују пажњу. Трећи је, вероватно, и најзначајнији – ради се о изванредној књизи у којој су на релативно малом простору изложени основни налази савремене теорије привредног раста и размотрени најзначајнији специфични феномени овог сложеног процеса.

Први део књиге је права посластица за теоретичаре – на концизан начин приказане су основе парадигме теорије привредног раста. Све започиње, наравно, неокласичним моделом привредног раста, унутар кога примена налаза о опадајућим приносима доводи до закључка да је на дуги рок једини извор привредног раста (бар оног *per capita*, релевантног за просперитет) технолошки прогрес. Проблем је у томе што је технолошки прогрес егзоген – темпо тог прогреса одређен је ван модела. Овим моделом уведена је и категорија конвергенције – тенденција ка изједначавању нивоа дохотка *per capita* и стопе његовог раста свих земаља. То отвара изазов објашњавања разлика које између земаља у том погледу очигледно постоје.

Следи приказ свих оних теоријских модела који на различите начине покушавају да објасне технолошки прогрес (да га ендогенизују),

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду и председник Центра за либерално демократске студије.

односно да објасне раст укупне факторске продуктивности у условима постојања опадајућих приноса производних фактора. Почиње се са првом генерацијом модела ендогеног привредног раста (тзв. АК модели) и различитим варијантама тих модела, да би се прешло на њихову другу генерацију, насталу у последњој деценији прошлог века – модел хоризонталних иновација и модел вертикалних иновација, односно шумпетеријанске креативне деструкције. Док се у првом моделу (познатији као Ромеров) технолошки прогрес посматра као увећање броја производа, па тиме и продубљивање специјализације, у другом (кога су формулисали управо аутори ове књиге) технолошке иновације доводе до тога да супериорни производ замењује инфериорни, па се не мења број производа, већ се увећава њихов квалитет. И један и други модел прецизно описују процес којим се долази до технолошких иновација, односно прогреса. То је сврсисходна активност предузетника, заснована на улагању производних фактора у истраживање и развој, а подстицај за то улагање представља очекивани економски (монополски) профит. Одатле следи да се мора напустити претпоставка о тржишту савршене конкуренције у коме је продајна цена увек једнака граничним трошковима, па нема простора за економских профит.

Коначно, приказ теоријских модела привредног раста закључује се занимљивом иновацијом – стварањем хибридног модела ендогеног привредног раста који се заснива на комбинацији неокласичног модела и модела креативне деструкције. То је покушај да се реши теоријски проблем који произлази из чињенице да новија генерација модела ендогеног привредног раста не садржи капитал као производни фактор, односно да не омогућава да се растом акумулираног капитала објасни привредни раст. Резултати добијеног модела нису спектакуларни, већ су само комбинација онога што смо већ знали.

Друге део књиге бави се разматрањем, односно, како аутори наводе, разумевањем самог процеса привредног раста. Прво се пажња усмерава ка финансијском посредовању и показује се да такво посредовање може да реши бројна ограничења, односно уска грла у процесу привредног раста. Потом се разматра феномен трансфера технологије између земаља. Управо се ту тражи одговор на питање о разликама у нивоу дохотка *per capita*, односно стопама његовог раста, будући да би иста технологија требало да генерише исту укупну факторску продуктивност. На основу тога се разматра питање конвергенције и уводи категорија клупске конвергенције, при којој клуб чине земље које располажу истоветном, односно сличном технологијом. Следи разматрање контроверзне тезе да величина тржишта (земље) снажи подстицаје за улагање у истраживање и развој, да би се прешло на разматрање економских карактеристика

технологије опште намене (попут рачунара који се користе готово при свакој активности), као и разматрање различитих етапа привредног раста и трансформације од раста који се заснива на акумулацији производних фактора ка расту који се заснива на увећању њихове укупне продуктивности. Други део књиге завршава се разматрањем односа институција и привредног раста, при чему се, на плану вредносно-неутралне анализе, уочене разлике између земаља у погледу институција посматрају као могуће објашњење у стварности примећеног одсуства конвергенције, док се на нормативном плану уводи хипотеза о разликама између пожељних институција за земље које се налазе на различитим нивоима развијености.

Трећи део књиге посвећен је политикама којима се може поспешити привредни раст, укључујући политику конкуренције, односно њене заштите, политику инвестирања у образовање, политике којима се умањује колебање привредне активности и ризик, либерализацију (спољне) трговине, заштиту природног окружења и политику демократизације. Вероватно да су од свих побројаних политика најзанимљивије прва и последња. Прва, будући да се показује да постоји нелинерана функција утицаја конкуренције на привредни раст. Ради се о томе да је, сходно моделу ендогеног привредног раста, потребно да постоји одређена тржишна моћ како би се створили подстицаји за улагање у истраживање и развој. Ипак, кључно је очувати конкурентски притисак, пре свега путем омогућавања нових улазака, нарочито у земљама које су близу границе доступне технологије. Управо је за те земље, које су присиљене да иновирају, будући да не могу никога да имитирају, од пресудног значаја да омогуће слободне уласке и долазак нових компанија, које доносе технолошке и пословне иновације, а оне покрећу привредни раст, не само тих земаља. Земље које су имитатори могу себи да приуште мању ригорозност на овом плану. Тиме се аутори враћају на сопствену хипотезу коју су изнели на крају другог дела књиге, да не постоји једнозначан одговор у погледу, са становишта привредног раста, пожељних, односно оптималних институција. Одговор на то питање зависи од нивоа развијености.

Да ли је демократија предуслов привредног раста? Не мора да буде, јасан је одговор аутора (не треба знати кинески да би се на ово питање одговорило), који испитују различите механизме којима политичке институције, попут демократских, утичу на привредни раст. Међутим, изгледа да постоји регуларност која се може теоријски одбранити. Што је виши ниво развоја, што је виши ниво технологије коју земља користи, демократија постаје све важнија. Пре свега због тога што у демократији постоје мање баријере уласку. Моћни у демократији теже онемогућавају улазак својим конкурентима, па то отвара простор за нове уласке, који су главни извор технолошких и

пословних иновација. Посматрајте Кину и Индију у деценијама које следе! Управо тако, деценије су временски хоризонт који је релевантан за закључке у домену привредног раста, а не промена привредне активности у односу на претходни квартал.

Сва поглавља књиге праћена су препорукама за даље читање. Није то пуки списак литературе, већ тај списак прате богате назнаке шта се од ког читања може очекивати – због чега је оно значајно за даље разумевање привредног раста? И за спознају докле је успела да дође савремена теорија привредног раста – шта је објаснила, а шта је још увек мистерија. Није обухваћено само оно што је у облику радних докумената (*working paper*) објављено током прошле године.

Књига није лака за читање. Писана је тешким, али веома прецизним речником, уз пуну употребу специфичног жаргона економске науке. Њено читање подразумева предзнања која се своде на основна знања микро и макроекономске анализе, као и теорије привредног раста, али и математичка предзнања, пре свега из области диференцијалног рачуна.[1] Од читаоца се захтева пуна концентрација, неминовно враћање на већ прочитано и белешке на маргинама. Скијашким речником, ово није блага, већ технички врло захтевна стаза – попут спуст стазе у Кицбилу (*Kitzbuehel*). За узврат, она нуди онима што стоје на дну те стазе неколико ствари – задиханост, широки осмех задовољства због тога што су је провезли и велику радост при подсећању на сваки тренутак вожње. Срећно, ономе ко се одлучи!

[1] Ипак, на плану математичког предзнања, ова књига је мање захтевна од уџбеника који је, за исти сегмент читалаца, објављен исте године: Daren Acemoglu, *Introduction to Modern Economic Growth*, Princeton Univeristy Press, Princeton Oxford 2009.

Др Зоран С. Мирковић*

Marie-Janine Calic, *Geschichte Jugoslawiens im 20. Jahrhunderts*, Verlag C. H. Beck, München 2010, 415.

У септембру 2010. године у издању познате куће Verlag C. H. Beck из Минхена, појавила се књига *Историја Југославије у двадесетом веку (Geschichte Jugoslawiens im 20. Jahrhunderts)* ауторке Мари-Жанин Чалић. То је прва књига на немачком језику о историји Југославије после њеног распада.

Аутор књиге је професорка за историју источне и јучоисточне Европе на Лудвиг-Максимилијан Универзитету у Минхену (*Ludwig-Maximilians-Universität München*). Она је такође аутор прве књиге у српској историографији под насловом *Социјална историја Србије 1815–1941. године – Успорени напредак у индустријализацији,* коју је 2004. године објавила издавачка куће *Clio*. То је био превод њене докторске дисертације *Sozialgeschichte Serbiens 1815–1941. Der unaufhaltsame Fortschritt während der Industrialisierung* (прев. Ранка Гашић), брањене на Универзитету у Минхену 1992. године, за коју је добила награду Друштва за Југоисточну Европу у Минхену. Др Чалић се током деведесетих година прошлог века бавила истраживачким радом у немачким институтима у области историје, политике, привреде, друштва у југоисточној Европи. Године 1995. била је саветник Специјалног изасланика Уједињених нација за бившу Југославију, а од 1999. до 2002. политички саветник координатора Пакта за стабилност Југоисточне Европе. Од 2004. године је професорка Историје источне и југоисточне Европе на Универзитету у Минхену. Сада је деканица на тамошњем Факултету историјских и уметничких наука. Области истраживања професорке Чалић су политичка, социјална и привредна историја Југоисточне Европе, историја сукоба и сукоби у овом делу Европе, етничке мањине и национално питање на Балкану, немачка и европска политика на Балкану. Уредница је часописа *Југоисточна Европа* (*Zeitschrift Südosteuropa).*

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

Књига коју приказујемо састоји се од увода и шест делова, који су опет подељени у двадесет целина, као и закључка (а ту су и наведене скраћенице, хронологија, напомене, карте, табеле, лични регистар и исцрпан навод литературе). Дело је настало на широкој подлози квалитетне литературе, при чему треба имати на уму да је др Чалић искористила на кондензован начин и бројну грађу, податке из разноврсних статистика и богату периодику из свих крајева Југославије, коришћену приликом писања њене докторске дисертације (што ауторка и сама саопштава, стр. 14). Литература садржи 550 наслова из области политике, историје, економије, социологије, културе, и других сродних друштвених и хуманистичких наука, писаних на језицима народа Југославије, као и на светским језицима, првенствено немачком и енглеском.

Стање историјске науке о Југославији, која се појавила у последњих 20 година, дакле од нестанка ове земље, пати од многих недостатака. Историографије држава и народа насталих на простору бивше Југославије баве се тим државама и народима, а не Југославијом. Др Чалић ће овим поводом, с правом, записати: „Данашње постојање Словеније, Хрватске или Косова пројектује се у прошлост, тако рећи као телеолошка претходница ка сопственој државности. Интеракција са суседима јавља се често још само у форми конфликата и ратова, при чему се југословенски период ограничава на једну краћу, премда не сасвим безначајну епизоду вековне националне историје". Поред тога, појавиле су се књиге које претендују да буду научне, и зачудо као такве се цитирају, почев од једног дела историјске науке до Трибунала у Хагу, а заправо су углавном написане од стране публициста који су се „бавили" овом земљом кад је дошла у фокус светских медија. Цветање такве литературе није ништа необично, јер се ради о простору који је бар десет година био у центру светске медијске пажње. Необично је то што се писању ове врсте почела придавати пажња која се иначе придаје научним делима.

Имајући у виду да дела настала од њеног распада, „историју Југославије најчешће интерпретирају из перспективе њеног крвавог краја, анализирају мане код рађања и апострофирају југословенско стварање државе као вештачко, да би подзидали неизбежност њене пропасти", ауторка поставља основну тезу речима: „Југославија се не може објаснити само на основу њеног настанка или њеног краја. Ова држава је постојала 70 година и питање је: шта је то држало те њене народе заједно, шта их је разјединило и шта још и поред пропасти није ишчезло. Ова књига покушава да не иде путем детерминистичких објашњења, као и да историју Југославије разумева као начелно отворен процес". Шта је било између њеног стварања и крвавог распада, који су побуђивали највише пажње? Можда је одговарање на

ово питање највећи допринос ове узбудљиве књиге, уз све недостатке које, као и свако дело, има.

Предисторију настанка Југославије ауторка смешта у последњу четвртину XIX века, у крупним потезима описујући стање у југословенским земљама. На прелазу у XX век процес изградње нација, истина са закашњењем, у пуном је јеку. Да процес још није завршен, није феномен карактеристичан само за Јужне Словене, јер у том времену има таквих примера и код Француза, Немаца, Италијана.

Међутим, на југословенском простору је вишевековна инострана управа оставила широк простор за амбивалентна деловања у процесу изградње нација. Нема јасне представе шта чини нацију, да ли је то заједнички језик и култура (као код Немаца и Италијана) или државна традиција (као код Француза). Поред прихватања, преко Хердера, идеја о нацији као заједници језика и културе, постојао је реликт османске владавине, феномен нације у конфесионалном смислу (конфесионалне нације), где је на бази заједничког језика религијска припадност послужила као критеријум раздвајања. „Упркос заједничким културним и језичким основама и ускoj просторној испреплетености произишле су различите историјско-политичке традиције, пре свега различити системи вредности, предубоке поделе, да би понуда интегралног југословенског идентитета без инструментаријума ‘одозго’ имала простора за деловање. Тек 1918. године настаје са државом Срба, Хрвата и Словенаца јака социјализаторска инстанца, која је вршила југословенску амалгацију“, истиче ауторка (стр. 26–27).

Потом лепо примећује да дебату о европеизацији Србије у другој половини XIX века између тзв. модернизатора и тзв. традиционалиста не треба тумачити једнозначно (стр. 37). На примеру изградње железница почетком 80-тих година XIX века види се да код тзв. традиционалиста преовлађује страх од презадужености и потпуне економске зависности од Двојне монархије у односу на ирационални „страх од Европе“ (насупрот неким српским историчарима модернизације, који овај пример узимају као крунски доказ атавистичког страха од Европе).

Ауторка у осврту на косовски мит, пре свега на Косовску битку из 1389. године, на који се неки историчари фокусирају на пренаглашен начин, каже: „У целој Европи у XIX веку придавало се великим биткама прошлости амблемско значење за конструкцију националног идентитета“. Косовска битка је, подсећа ауторка, не само ушла у српску националну митологију, него је била и богат фундус за конструкцију заједничке југословенске народне културе, што показују, примера ради, дела Ивана Мештровића. Обележавање петстоте годишњице Косовске битке 1889. године пренело је и Хрва-

те и Србе у Хабзбуршкој монархији у „једно еуфорично винуће (треперење)". Ауторка још додаје да је „загребачка градска управа дискутовала о сопственој организацији свечаности" (стр. 51–52).

Одмах затим износи значајну констатацију: „Веома различите националне идеологије и програми оставили су у завештање можда више разлика међу народима, него религијске и језичке разлике". Следи у неколико реченица образлагања зашто су Словенци и Хрвати били спремнији на компромис са Хабзбуршким, него Срби са Османским царством: Хабзбурзи су своју власт наметнули „кроз уговорне односе (у *Pacta conventa*), а не путем војног потчињавања"; католицизам је био нека врста моста између владајућих и оних над којима је владано, насупрот исламу, који је поставио високе религијске, политичке и социјалне баријере према хришћанским народима. „Словенци и Хрвати су стога пре мислили на федерално преуређење Хабзбуршког поретка, него на његово уништење. Хрватска државна мисао утемељена на католичком универзализму, државноправном континуитету и идеји константне историјске територије стајала је насупрот експанзивно оријентисаном српском културном национализму, који је долазио од независне државе и њене српске православне државне цркве и стремио остварењу своје историјске мисије: објединавањем југословенских земаља посредством Краљевине Србије" (стр. 53).

Овај закључак захтева две напомене. Прва се тиче питања да ли је Србија тежила обједињавању југословенских или српских земаља, тачније територија које су са српске стране, с правом или не, својатане. Ово је питање истраживано, али нису дати неупитни одговори. Оно што би се могло поузданије утврдити је да су до Првог светског рата, који је донео преврат на свим странама и пољима, српске тежње биле усмерене ка српској интеграцији, и то пре свега са сународницима живећим у околним пашалуцима Османског царства. Друга напомена је општије природе. Наиме, да ли је већу важност за Србе у XIX веку представљала обновљена државност Србије или уједињење, у овој ствари је неважно да ли српско или југословенско. По најбољем знању аутора ових редова, и мишљењу савременика онога времена, обнављање државности Србије је била највећа тековина. Обновљена српска државност у лику Кнежевине Србије је са своје стране била привлачна сила за хришћане из околних османских пашалука, међу њима пре свега Срба, али не само њих, што не треба сметнути са ума. Ове људе привлачи у Кнежевину Србију оно што немају тамо где су живели, било под Хабзбурзима, било под Османовићима: слобода. Од наполичара, чифчије или, у најбољем случају, кмета, дошавши у „обећану земљу", човек је постајао лично слободан сопственик земље коју обрађује. Лична слобода и економско ослобођење појединаца је, са изузетком Грчке почев од 1829. године, још задуго незамисливо на Балканском полуострву, наравно и

шире. То двоје под шифром слободе је учинило Кнежевину Србију онолико популарном, далеко више него све написано у Гарашиновом *Начертанију* или испевано о Косовској бици. Настанак Кнежевине Србије је неизрециво важан за разумевање српске историје (то заправо треба да буде полазна тачка за оне који, у брзини, читају српску историју уназад, од ратова деведесетих, тражећи у њој „злу коб"). Из тог разлога је Србија била у тако високом проценту земља насељеника који, као у каквој енглеској прекоокеанској колонији, траже прилику за нови животни почетак.

Говорећи о тадашњој формули да се ради о „три племена једног народа", ауторка са разлогом упућује да су се архитекти заједничке државе послужили примерима из европског искуства: „Разлике у култури, религији, дијалектима, темпераментима и менталитетима између Словенаца и Срба нису изгледале ништа веће него оне између Венецијанаца и Наполитанаца или Бавараца и Пруса. Ако је, дакле, у Италији и Немачкој успешно створена јединствена национална држава са једном надрегионалном и од народа прихваћеном високом културом, зашто ово не би било могуће у Југославији?" (стр. 87). Епилог је познат: оно што је као процес успело у Италији и Немачкој, пет, шест деценија доцније у Југославији није било могуће, јер је процес формирања националних идентитета био, у главним својим токовима, у завршној фази.

Ауторка често полемише са неким историографским делима која на не сасвим утемељен начин дају јаке судове било о Југославији, било о њеним народима. Рецимо, аргументишући о положају Словенаца између два светска рата, реско закључује: „Да су Словенци одувек били против Југославије, јесте мит" (стр. 89).

Посебну пажњу посвећује томе што вођство Краљевине Југославије није склопило савез са десним екстремистима, какав је био случај у Немачкој и Италији, иако се десио пропаст парламентаризма, светска економска криза, долазак тоталитарних режима на власт... Од тих покрета набраја *Усташки покрет*, доцније по злу знаног Анте Павелића, који је међутим 1941. годину дочекао са само 4000 чланова, *Збор* Димитрија Љотића, који је имао не више од 5000 до 6000 чланова. На крају тога пасажа, значајан закључак: „Да није било Хитлеровог успона на власт и доцније интервенције (у Југославији – *прим. З. М.*), ови покрети не би имали значај вредан помена". Закључак јесте хипотетички, али претходно наведени бројеви свакако негирају оно што је у последње две деценије популарно називано „вековном мржњом" или како већ све не, све да би се некако доказало да је стварање и 70-годишњи живот у Југославији био један ексцес несвакидашње врсте (стр. 126–127).

Говорећи у деветом одељку о масовним злочинима и динамици насиља у Другом светском рату, ауторка устаје против закључака да се злочини могу објаснити било „регионално специфичним културним традицијама“, било „небулозним категоријом сопствене динамике масовног насиља“, па додаје: „Да су се Срби, Хрвати и Муслимани одувек мрзели и да су ‘духови Балкана’ спремно чекали бакљу геноцида, ипак је само популарна легенда. ‘Етничко чишћење’ и убиства нису функционисали сами од себе, него на основу наређења“. У прилог овој тези наводи најпре да су и у оним крајевима где су почињени најтежи злочини, као у Босанској Крајини, бројни примери узајамне помоћи, као и да су се стотине хиљада људи током рата прикључили вишенационалној народноослободилачкој војсци (стр. 162–166).

Оно што би се могло проблематизовати на један наглашенији начин је преузимање власти од стране партизана у периоду од 1944–1947. године, када се некажњено чине масовни злочини над цивилним становништвом као непријатељима режима или стварним односно наводним сарадницима окупатора (посебно у Србији). Овим поводом Душан Т. Батаковић ће рећи: „некажњени злочини комунистичких власти над цивилима, спроведени 1944–1947, директно су водили у масовне злочине сличне врсте који су спроведени 1991–1995, и на Косову 1998–1999, јер се рачунало да ће злочини, извршени у име државе, проћи некажњено, као што је то био случај на свршетку Другог светског рата“.[1] Поред овога, нека од питања која нису нашла место у овој књизи су: демитологизација народноослободилачке борбе, крајњи исход послератне модернизације и тако даље.

„Ниједна европска земља није била тако разнолика, многострана и компликована као Југославија“. Одавно започети дезинтеграциони процеси произвели су почетком 1990-тих један вакуум, „у коме су актери могли да спроводе њихове интересе безобзирно ратнички“. Више од четири милона људи су померени са места где су живели (од чега је преко 100.000 пало као жртва), да би се приближило идеалу хомогене националне државе на једном простору, на коме је вековима изразито обележје био етничко-културни плурализам. Ироније ли, поновљено је европско искуство „дугог XIX“ и „кратког XX века“. Интегративна, етнички плурална југословенска идеја, историјски је подлегла свом највећем непријатељу – идеји о национално хомегеној држави.

После читања ове212 зналачки написане књиге, писцу ових редова су се наметнуле одједаред две мисли. Прва, да на почетку и

[1] Вид. текст наведеног аутора, „Слике модерне Србије: домети, ограничења, оспоравања“ у књизи Холма Зундхаусена, *Историја Србије од 19. до 21. века* (прев. Томислав Бекић), Београд 2008, 554 555.

на крају егзистенције Југославије стоје тектонски поремећаји у међународним односима: на почетку Први светски рат, на крају пропаст совјетског блока и крај Хладног рата – то су временски међаши постојања Југославије као државе. Настала на развалинама Хабзбуршке монархије, кад је требало попунити вакум моћи, Југославија није успела да преживи нову прерасподелу моћи после Хладног рата. Друга мисао – Југославију су стварала политичка вођства тадашњих народа, Срба, Хрвата и Словенаца, уз велику помоћ великих сила, чак насупрот спремности њихових народа. Код разбијања Југославије види се обрнут процес: политичка вођства, уз несебичну помоћ појединих великих сила, улажу велике напоре да убеде своје гласаче да прихвате идеју о разбијању Југославије, јер су за седам деценија испреплетене многоструке социјалне, економске и друге везе између људи, народа, друштвених слојева и професија.

Највећа вредност ове књиге је што развејава до дана данашњег постојеће стереотипе о мистичном, страном и варварском Балкану. Она уверљиво доказује да није „балканска нетрпељивост и вечна мржња између народа подрила пројекат југословенске заједнице“, него „политизација разлика у савременом масовном друштву“. И друго, др Чалић је пошло за руком да сагледа историју Југославије у оквирима европских процеса, што није била одлика литературе на језицима народа Југославије.

Ратомир Рале Дамјановић*

Мирко Васиљевић, *Изабране беседе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 419.

Књигу *Изабране беседе* аутор у предговору одређује као „једанаест својих погледа на свет", али могли бисмо рећи да је она, заправо, једанаест погледа на стварност Србије. Тачније, на садашњост Србије у историјском контексту. У питању је жива реторика која је у најтешњој вези с овим временом, пропуштеним кроз јединствену призму права, правде, правичности, по чему је Васиљевићев реторички дискурс особен. Реторика је увек у вези са животом, а живот са правом и правдом као божанским даровима. Још је Плутарх у *Питијским дијалозима*, у одељку *Зашто божја казна споро стиже* истицао „да је лечење душе, које се назива именом правде и правичности, највећа од свих вештина", „призивајући бога, свеопштег владара и господара као највећег над свим уметницима, зато што је творац правде".

Verba volant scripta manent, каже латинска пословица, која даје предност записаној речи, али не спори моћ оне друге, изговорене, нити говорнике, који и када говоре *из главе* остављају текст беседнички формиран и смисаоно дубок и вишезначан. У питању су угледни ствараоци или истакнути појединци познати по својим говорима, у којима су разматрали нека питања од друштвеног, црквеног, политичког, уметничког, културног значаја или она која се односе на њихов сопствени рад. Аутор *Изабраних беседа* један је од таквих угледника који имају афинитет према реторичком изразу. У питању је академик, професор и предавач, са бројним иступима у свету, научним радовима, оснивач Фонда за помоћ студентима, већ трећи пут декан Правног факултета Универзитета у Београду, носилац Ордена светог Саве, дародавац и ктитор... Личност од формата, како се то каже.

„Улога интелектуалца састоји у томе да говори истину, најбоље што зна, о стварима које су битне, правој публици", записао је Ноам

* Аутор је књижевник из Београда.

Чомски. Књига *Изабране беседе* у пуној мери испуњава ово правило. Или, другим речима, реторика академика Васиљевића испуњава начело на које указује Чомски, блиско Аристотеловом схватању да је „задатак беседништва да осигура победу истине и правде над неистином и неправдом“. То становиште Васиљевић наглашава у свом предговору: „Мисија слободних независних интелектуалаца... није да буду апологете одређене политике или идеологије. Мисија слободних независних интелектуалаца мора се састојати у чврстом уверењу да ‘постоје ствари које треба рећи’“. Основа његове говорничке етике и естетике темељи се на такозваној парезији (*parhesia*), грчком појму који подразумева поклапање беседе и беседникових уверења и истину као говорников циљ, супротно схватању реторике као „вештине којом беседник треба да надвлада умове својих слушалаца“. Речи имају виши смисао *сведочења о истини,* који једнако инспирише и писце хришћанске традиције. Набрајајући врлине Саве Немањића, његов биограф Доментијан указује и на ону која своје корене вуче из јеванђеоског поимања логоса: „Чувајући уста своја и језик свој, никад се не удостоји празне речи“. При томе, није у питању само говорни чин, него и чин говора који подстиче на акцију. *Lux verbi* на делу!

Васиљевић је на извору грчке традиције која подразумева веру у моћ логоса и „добар углед“ беседников. Осим тога, говорник је на трагу Аристотелових схватања ритма говора и коришћења гласа, на које указује грчки филозоф у *Реторици.* Друго извориште Васиљевићеве реторике односи се на саме почетке српске беседничке традиције, на беседу српског владара Симеона Немање с краја XII века, којом су постављене основе *отачаствене реторике* средњовековних српских писаца, и говор Доситеја Обрадовића од 1. септембра 1808. приликом отварања Велике школе у Београду, који у времену устаничке Србије и патриотске реторике афирмише и неке вредности модерног доба. У Симеоновој историјској беседи, коју је, према Савином делу *Житије господина Симеона*, овај владар одржао приликом одрицања од престола на Сабору у Расу 1197. године, огледају се државно устројство, црквени, друштвени и породични односи у држави Немањића, исказани кроз правило „Бога се бојте, цара поштујете, цркве просвећујте“ и налог да се потомци, властела, бојари и младеж држе правде и онога што је монарх „узаконио“. Васиљевићу нарочито драг, европски и просвећени Доситеј, писац који је 1783. године истицао, у свом делу *Писма љубезном Хараломпију*, да неће „нимало гледати ко је кога закона и вере, нити се то гледа у данашњем веку просвештеном“, обраћа се ученицима као будућим поглаварима и залаже се за право, правду, правдољубивост, имајући по свој прилици на уму обичаје и нарави тога времена, пре свега његових предводника. Те мотиве и принципе Васиљевић провлачи кроз своје беседе.

Говорећи младим правницима, он критички осветљава време у коме почињу или завршавају студирање, имплицитно маркирајући један огроман простор између себе и публике, који треба *освајати*.

Васиљевићеви говори подразумевају директност, јасност, прецизност, али и говорничку структуру, од композиције беседе до примене неких реторичких фигура, *читљивих* и у самом тексту. У питању је говорник који своје иступе организује тако да они имају беседничку снагу и сугестију и подразумевају (мишљење) сабеседника у публици. Чак и онда када природи теме више одговара писани текст, аутор примењује правила реторике. То се осећа и у ванредној студији *Право, Правда, Привреда*, беседи приликом пријема у Академију наука и умјетности Републике Српске. У беседама се афирмишу категорије правдољубивости, истине и истинитости, велики примери прошлости, прегнућа појединаца, традиција, духовност, култура, стваралаштво. Један број беседа се у целини или у фрагментима односи на парадигматичне примере историје Правног факултета у Београду. У том погледу на врху је *Повратак професора Драгољуба Јовановића* у којој аутор врхунским мајсторством гради беседу као какву античку драму, користећи разне технике говора, служећи се језиком филмских слика, драмских жанрова, књижевног обликовања портрета.

По јасности и оштрини карактеристичне су његове беседе студентима. Рекли бисмо да у њима постоји младалачки жар, зрно побуне и непристајања. Неке од њих би беседнику у давнашња времена уместо ловоровог венца обезбедиле венац од кукуте. Било би му приписано да као Сократ квари омладину, а у временима идеолошких режима не би више имао прилике да говори.

Беседник се не одриче тога да за политичаре важе иста правила као и за остале, али сматра да је првенствени циљ да се ти људи доведу праву, правди, правичности. Те вредности има говорник на уму када тврди да у данашњој Србији „владавину права замењује владавина политичких странака", да је политика над правом, залажући се да „сила права како на домаћој тако и, посебно, на међународној сцени, однесе победу над правом силе (неправом)".

Невоља данашњег света јесте невоља неувиђања невоље, каже у књизи *О потреби философије данас* академик Михаило Ђурић, професор Правног факултета, који је због својих уверења 1974. године завршио у затвору. А једна од тих данашњих неувиђених невоља јесте разарање поверења у реч и говор, у „земљи прејаких речи... политичких бајалица, опште граје и брбљања где нико никога не слуша", као што примећује професор Јовица Тркуља у есеју *Политичко беседништво*. У питању је „време неодговорног говора", налази Бојан Јовановић, који у свом есеју *Аспекти одговорности* разматра разградњу говора као примарног оквира зла и Јасперсова четири раз-

личита типа кривице за учињено зло. То подразумева једнако ћутање и окретање главе. Корак од говора до тренутка када „људска природа потпуно надвладава законе“, како пише Тукидид у *Пелопонеским ратовима*, мален је. Све почиње речима или ћутањем. И све, најчешће, у име „племенитих и узвишених верских циљева“.

Реторика Мирка Васиљевића је у функцији осветљавања суштине и у свом алегоријском, параболичном, иронијском или неком другом пренесеном значењу. То је реторика стварносне збиље, која се крајње критички односи према сваком јавном дискурсу који ствари прикрива или вулгаризује, она осветљава и естрадну реторику која плива по површини, и реторику која подржавајући култ говорника негује култ вође, и млитаву и беживотну салонску реторику, политичарску реторику која замагљује спонтано или отворено, без смисла да у својој самољубивости схвати и антиципира последице. У значењском смислу беседе су артикулисане јасно и без реторичких мистификација, у стилском погледу веома ефектно, по принципима класичне реторике, у најтешњој вези са *живим*, савременим темама. Оне су не само семантички слојевите и беседнички сугестивне, него су и недвосмислени одраз свог времена.

Др Момчило Грубач*

Владимир Ђуро Деган, Берислав Павишић, Виолета Бешировић, *Међународно и транснационално кривично право*, Службени гласник и Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2011, 574.

Књига *Међународно и транснационално кривично право* написана је са циљем да постане уџбеник за истоимени предмет на Правном факултету Универзитета Унион у Београду, али судећи према обиму, садржини и начину излагања она неће остати само уџбеник намењен студентима који на основним студијама изучавају овај наставни предмет. Књига може корисно да послужи и студентима последипломских и докторских студија, као и дипломираним правницима који из других разлога имају интерес и потребу за стицањем информација из ове веома сложене и код нас још недовољно развијене гране права. У недостатку дела оваквог садржаја, ова књига би могла да буде коришћена и на другим високошколским установама и да задовољи стручне потребе и у неким државним службама (правосудној, дипломатској, војној и сл.), и то не само у Републици Србији, већ и у осталим државама у региону. Разноврсност консумената којима је ова књига намењена, у првом реду, али и тежња три аутора да ову сложену материју изложе целовито и стручно, а да истовремено не занемаре ни дидактичке захтеве које сваки уџбеник мора да испуни, довели су до нешто ширег обима књиге и посебне структуре њеног садржаја. Са свим пратећим прилозима књига има више од 500 страница, али с обзиром на њену вишеструку намену, то не треба да обесхрабри читаоца.

Књига има шест делова. Први део: *Општа разматрања* (садржи шест глава: 1. Појам и садржина међународног кривичног права; 2. Природа међународног кривичног права; 3. Извори међународног кривичног права; 4. Основна начела међународног кривичног права; 5. Однос међународног и међународног кривичног права; 6. Транс-

* Аутор је професор емеритус Правног факултета Универзитета Унион.

национално кривично право). − Други део: *Репресивна власт и јурисдикција за кривична дела с иностраним елементом* (садржи три главе: 1. Репресивна власт; 2. Јурисдикција; 3. Локализација кривичног дела). − Трећи део: *Међународни злочини stricto sensu, тортура и тероризам* (садржи три главе: 1. Међународни злочини *stricto sensu* – геноцид, злочини против човечности, ратни злочини, злочини агресије; 2. Тортура; 3. Тероризам). − Четврти део: *Транснационални криминал* (садржи четири главе: 1. Опште напомене о транснационалном криминалу; 2. Транснационална организована кривична дела; 3. Транснационална организована и друга међународна кривична дела у поморској пловидби и ваздушном саобраћају; 4. Јурисдикција за кривична дела извршена у поморској пловидби и ваздушном саобраћају). − Пети део: *Међународна кривичноправна и полицијска сарадња* (садржи седам глава: 1. Међународна кривичноправна сарадња; 2. Мала међународна правна помоћ; 3. Пренос кривичног поступка; 4. Признање и извршење стране кривична пресуде; 5. Пренос надзора над условно осуђеним и условно отпуштеним лицима; 6. Екстрадиција; 7. Међународна полицијска сарадња). − Шести део: *Право и поступак међународних кривичних судова* (садржи четири главе: 1. Историјски осврт и међународни кривични трибунали; 2. Стални међународни кривични суд; 3. Мешовити, хибридни и интернационализовани судови; 4. Осврт на нека посебна питања која су се појавила у пракси међународних судских тела). На крају књиге су прилози: регистар предмета међународних судова, трибунала и судских тела, регистар предмета националних судова, индекс појмова и списак литературе.

Рукопис је дело три, у области правне науке позната и призната аутора, од којих је један професор међународног јавног права (В. Ђ. Деган), други професор кривичног и кривичног процесног права (Б. Павишић), а трећи професор права о људским правима и међународног кривичног права (В. Беширевић). Тако формиран ауторски тим је омогућио мултидисциплинарни приступ у обради предмета истраживања, који би се од стране аутора само једног стручног профила тешко могао сасвим успешно савладати. Од значаја је и чињеница да су аутори из две различите државе (Србије и Хрватске), јер то књизи даје још једну димензију интернационализације, као што је такав и сам њен предмет.

Књига је оригинална и према многим другим карактеристикама, а посебно по томе што је једина у региону која поред међународног кривичног права садржи и обраду тзв. транснационалног кривичног права. Та посебност је наглашена већ у наслову. Упркос томе што се транснационалном криминалу у последње време посвећује све више пажње од стране националних законодаваца и судске праксе,

посебно од доношења Конвенције о сузбијању те врсте кривичних дела у Палерму 2000. године, његова научна обрада била је у доброј мери занемарена, посебно у универзитетској настави и литератури намењеној студентима. Аутори ове књиге отклањају тај пропуст, указујући на велику опасност од транснационалног организованог криминала, који настаје као последица мобилности савременог човека, повезивања националних држава и брисања граница између њих и, због свега тога, олакшаног међународног удруживања учинилаца кривичних дела. Они објашњавају појам ове нове гране права, одређују њено место у правном систему и однос са другим гранама права, посебно са међународним кривичним правом.

Књига представља праву малу ризницу података и идеја релевантних за међународно кривично право које се данас тек формира као научна правна дисциплина. Извесно је да ће бити потребно уложити још много напора да се то право дефинитивно конституише као посебна грана права и да се створи један кохерентан научни систем међународног кривичног права. Књига пред нама представља значајан допринос тим напорима. У вези са тим, читаоцу се намећу бројна питања. Једно од значајнијих је и питање како се ствара међународно кривично право и наука о томе праву. Утисак је да наука у овој области заостаје за легислативом, тј. да се право прво ствара, па тек потом научно образлаже. Оно се не ослања на претходно установљене правне и друштвене теорије (као што су својевремено неке гране права полазиле од теорија Хуга Гроцијуса, Бекарија, Хегела, Канта и других филозофа), већ се по правилу заснива на разлозима прагматичне и политичке целисходности. То носи опасност од стварања права „за привремену употребу“, тј. права „кратког даха“, па чак и од произвољности у стварању права. Озбиљне научне расправе данас по правилу не претходне стварању права, ни домаћег, ни интернационалног. Тако, на пример, ослонцем на политичке позиције, приликом оснивања међународних кривичних судова (и привремених и сталног) једноставно је натурен један модел кривичног поступка без икаквог претходног испитивања да ли би евентуално неки други процесни модел био адекватнији и целисходнији. И, као резултат тога, добили смо суђења која се никако не могу похвалити ефикасношћу и која очигледно нису у складу са међународним стандардом суђења у разумном року. Добили смо притвор који траје и по десетак година, што никако није у складу са општеприхваћеним стандардом да притвор мора трајати најкраће могуће време и да је само крајња и изузетна мера процесне принуде у кривичном поступку. На све то упозорава један од аутора ове књиге, проф. Ђуро Деган. Он констатује да су сви међународни кривични судови и поступци који се пред њима воде устројени према моделу англоамеричког акузаторског кривичног поступка, у коме доминира веома спори, компликовани и

још увек доста церемонијални главни претрес. Главна невоља тога трансплантацијског подухвата је у томе што је тај процесни модел преузет само половично, будући да у поступак пред међународним судовима никако није могла да буде уграђена традиционална америчка порота, која се тамо схвата као једно од фундаменталних људских права оптуженог, а у Европи, и поред више покушаја, никада није пустила дубље корење. Због тога су отпале и пречице којима се у Америци убрзава кривични поступак и избегава сазивање поротног суда, као што је, поред осталог, споразум тужиоца са окривљеним о признању кривице.

Не увиђајићи ову разлику, национални законодавци су преузели и ту процесну установу, иако за разлику од Американаца нису морали, јер немају никакве муке са поротним судом. Наши законодавци су у овом случају жртвовали правне принципе (да грађанима суди независни суд, а не јавни тужилац), и то не из разлога нужде коју намеће практични живот, већ из неких других разлога, међу којима изгледа помодност има велику улогу. Сасвим је на месту констатација проф. Дегана да је ваљало размислити и о другом типу поступка и да би, можда, француски или европски модел мешовитог кривичног поступка (кога странци увек погрешно називају инквизиторским поступком), са судском истрагом којом руководи истражни судија, за међународно кривично правосуђе био много адекватнији и целисходнији.

По истој логици, и у унутрашњем праву, које је данас подвргнуто коренитим реформама, прилично произвољно и олако се преузимају англоамеричке правне установе без икаквог претходног испитивања да ли оне стварно одговарају условима домаће друштвене стварности. Тако, на пример, све државе у региону су увеле или се припремају да уведу тзв. тужилачку истрагу, уместо досадашње судске истраге и ту промену наши законодавци објашњавају тврдњом да ће нам кривични поступак постати бржи и ефикаснији. Ако би се та теза подвргла научном испитивању, лако би се могло догодити да се дође до сасвим супротног закључка: да је англо-амерички модел кривичног поступка, који данас преузимамо, много спорији и скупљи од европског кривичног континенталног, кога напуштамо. Проф. Деган са разлогом указује да не постоји ниједан научно верификовани податак који би указивао да се у европском континенталном кривичном поступку невини грађани проглашавају кривим и осуђују у већем броју него у англо-америчком кривичном поступку. Кад се све то има у виду, поставља се логично питање, како објаснити актуелну помаму која је данас захватила Европу, да своје традиционално кривично право по сваку цену и прилично некритички замењује англо-америчким кривичним правом (које је стварано у другачијим

историјским и друштвеним условима и које у свим његовим аспектима Европљани још увек не схватају, па чак и не познају довољно).

Аутори указују читаоцу како је данас, за разлику од времена од пре неколико деценија, дошло (могло би се рећи изненадно и неочекивано) до диверсификације кривичног права. Уместо досадашњег домаћег (или унутрашњег) кривичног права, у коме је догма националног и државног суверенитета била најснажније укорењена и за које смо до скоро веровали да је једина врста кривичног права, изненада су се јавиле и друге врсте ове гране права: међународно кривично право, транснационално кривично право и европско кривично право, које има реалних услова да се даље развија и јача, нарочито после усвајања Лисабонског споразума са краја 2009. године. Сигурно је да ће национално кривично право још задуго бити главно и основно кривично право и да његова потпуна унификација и глобализација данас није могућа, јер својим забранама и нормама понашања, као ниједна друга грана права, одражава правну културу једног друштва, менталитет народа, друштвену традицију, историјске, економске, политичке и опште културне прилике одређене друштвене заједнице. Међутим, морамо бити свесни да је утрт пут настанку и једног наднационалног кривичног права и наднационалне науке кривичног права који у доба европеизације и глобализације имају све већи практични значај. Заслуга је аутора чију књигу приказујемо што указују на тај процес. Посебно је значајно што је указано на посебности тзв. транснационалног кривичног права које представља неку врсту симбиозе националног и међународног кривичног права, јер нема самосталност као међународно кривично право, већ је уграђено у национално кривично право. Проф. Берислав Павишић је дао једну успешну теоријску основу за конституисање те посебне врсте кривичног права која је на нормативном плану стекла афирмацију нарочито после доношења већ поменуте Конвенције УН против транснационалног организованог криминала у Палерму, децембра 2000. године.

Најмлађи члан ауторског тима, проф. Виолета Беширевић дала је у овој књизи веома вредне прилоге који се односе на међународна кривична дела у најужем смислу речи (у које ауторка убраја геноцид, злочине против човечности, ратне злочине, злочин агресије, тортуру и тероризам) и на неколико деликата из групе кривичних дела транснационалног организованог криминала (трговина људима, кријумчарење људи, узимање талаца и угрожавање лица под међународном заштитом). На крају, она је обрадила и одељке о екстрадицији, најстаријем и најважнијем облику међународне правне помоћи и о тзв. хибридним или мешовитим судовима који се у појединим државама формирају од међународних и националних судија. Ту су и ауторкина разматрања питања заједничког злочинач-

ког подухвата, које је уз питање командне одговорности (које је обрадио проф. Б. Павишић) најконтроверзнија и најоспораванија установа савременог међународног кривичног права, не само у стручној, већ и општој јавности.

У књизи је у потпуности и систематски обрађена проблематика међународног и транснационалног кривичног права према високим научним критеријумима и дидактичким захтевима педагошке праксе. Књига ће попунити једну велику празнину која се у кривичноправној литератури на српском и сродним језицима одавно запажала и постаће незаобилазно штиво за свако даље истраживање ове важне гране права. Са великим задовољством препоручујем је нашим читаоцима.

Др Слађана Јовановић[*]

Ђорђе Игњатовић, Биљана Симеуновић-Патић, *Виктимологија*, Правни факултет и Досије студио, Београд 2011, 173.

Ова монографија представља важан, а дуго недостајући рад у домаћој литератури, у чијем су фокусу жртве кримининалитета. Оваквих радова је мало и у окружењу (или је, пак, реч о старијим издањима), што монографију чини значајном и ван граница Србије. Како су и жртве кривичних дела дуго сматране „заборављенима“, тако је и на овим просторима дуго била заборављена потреба да се на систематичан, концизан начин представе основни виктимолошки појмови и теме. Домаћи аутори су се бавили различитим категоријама жртава и потребом за њиховом заштитом и/или начинима на који се она остварује или се може побољшати, али не и основним појмовима, односно општим, најважнијим темама из области виктимологије. Радује што су се овог подухвата латили криминолози, редовни професор Правног факултета Ђорђе Игњатовић и доценткиња на Криминалистичко-полицијској академији у Београду Биљана Симеуновић-Патић, чији досадашњи криминолошки и виктимолошки радови дају гаранцију да је пред читаоцима изузетан рад.

Монографија је подељена на три целине које се логично следе и чине заокружен систем најважнијих и најакутелнијих виктимолошких спознаја. У првом делу, који носи назив *Појмовно-концептуални оквир*, аутори говоре о виктимологији, основним виктимолошким појмовима, најважнијим виктимолошким теоријама и методологији виктимолошких истраживања. Најпре се читалац упознаје са виктимологијом као научном дисциплином коју аутори смештају у оквир криминолошког корпуса наука дефинишући је као дисциплину која „проучава жртве људских радњи које се могу приписати кривици учиниоца, без обзира да ли су у кривичном законодавству предвиђене као кривична дела или су као тешка кршења

[*] Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета Унион.

фундаменталних права човека одређена у међународним актима који штите људска права“ (стр. 17). Поред оригиналне дефиниције, аутори дају осврт и на развој виктимологије, на њено место у систему наука и однос са другим, сродним дисциплинама као што су кривично право, кривично процесно право, пенологија и другим. Не изостаје ни излагање о циљу и задацима учења о жртвама. Тако су као основни задаци виктимологије наведени: изучавање појавних обележја виктимизације, њених последица и реаговања појединца и друштва на виктимизацију, утврђивање фактора виктимизације и стварање система мера за редуковање виктимизације.

По упознавању са виктимологијом као (несамосталном) научном дисциплином, читалац се упознаје са основним виктимолошким појмовима, одређеним јасно, прецизно, систематично, с позивањем на најважнија међународна докуметна и релевантну виктимолошку литературу. На првом месту је појам жртве (у ужем и ширем смислу, појам директне и индиректне жртве) са типологијом жртава. Следи одређење појма виктимизација (примарна, секундарна, терцијарна, поновљена), као и ризика и последица виктимизације. И виктимогеним предиспозицијама аутори поклањају заслужену пажњу, одређујући њихов појам: „обележја неког субјекта која чине да он буде трајно или привремено подложнији виктимизацији одређеним типом криминалног понашања“ (стр. 26) и врсте (биофизиолошке, социјалне, психичке). Последњи виктимолошки појам чије је одређење дато јесте виктимитет – „укупност криминалних виктимизација на одређеном простору и у датом временском периоду“ (стр. 27).

Добијена сазнања о виктимологији и основним виктимолошким појмовима олакшавају сусрет са најважнијим виктимолошким теоријским правцима. Аутори још једном наглашавају несамосталност виктимолошких учења, доводећи у везу теоријска објашњења механизама виктимизације са криминолошким теоријским наслеђем. Представљени су виктимолошки постулати: позитивистичке оријентације (усредсређене на мерење димензија виктимизације, развијање типологија жртава и однос учиниоца и жртве, с искључивим занимањем за конвенционални, нарочито улични криминалитет и његове жртве); конзервативног правца (чији је основни принцип да су и учинилац и жртва одговорни за своје одлуке и поступке, да је решење проблема криминалитета у застрашивању потенцијалних преступника и ретрибуцији); теорије о рутинским активностима (која стопу криминалитета и ризике виткимизације доводи у везу са свакодневним, рутинским активностима људи); теорије о животном стилу, радикалне виктимологије (која скреће пажњу на улогу државе и правног система и опште „моћних“ у произвођењу виктимизације,

с акцентом на кршењу људских права); левог реализма (који инсистира на истраживању „реалних" чињеница о криминалитету и виктимизацији, а чије објашњење виктимизације укључује социолошке и психолошке концепте о ефектима структуралних варијабли на процесе који делују на појединца и генеришу ризик страдања); феминистичког правца (који инсистира на препознавању родних разлика које су у основи мушког насиља над женама); критичке виктимологије (која је усредсређена на животну стварност жртава и искуства виктимизације, критикује капитализам и патријархат, а посебно се бави „скривеним" жртвама – жртвама криминалитета корпорација, сексуалних деликата и расне мржње).

На крају првог дела се налази излагање о методологији виктимолошких истраживања, чиме се заокружују основна знања о виктимологији и дају смернице онима који би се упустили у истраживања виктимизације или желели да боље разумеју податке о виктимитету са којима се срећу. Аутори говоре о увек занимљивим темама (не)пријављивања злочина и о тамној бројци виктимитета. Посебно се истичу искуства и страхови жртава сексуалних деликата при одлучивању да пријаве виктимизацију. Указује се на недостатке постојећих званичних евиденција (полицијских и правосудних) о случајевима криминалне виктимизације, те на предности (али и недостатке) новог метода у истраживању правих размера виктимизације оличеног у студијама о жртвама. Следе излагања о најважнијим националним и међународним анкетама са изношењем најновијих резултата истраживања. Поменути резултати су пажљиво одабрани како би читалац могао да се упозна са основним обележјима криминалне виктимизације на националном нивоу (у САД) и, са друге стране, на међународном нивоу, као и са најновијим подацима међународног анкетног истраживања насиља према женама, што је једна од најактуелнијих тема из области виктимизације насиљем.

Други део монографије обухвата излагање о феноменолошким аспектима виктимизације. Овај део чине подаци о виктимитету у Србији, а следи представљање основних облика криминалне виктимизације. Подаци о виктимитету су представљени табеларно и графички, што их чини веома прегледним и лако упоредивим. Не изостају ни потребна објашњења и анализе аутора. Констатује се да у Србији доминира виктимизација имовинским деликтима, док деликти који увек изазивају пажњу јавности, као деликти против живота и тела у структури кривичних дела учествују са 3,5%, а дела против полне слободе са 0,3% (према подацима МУП РС за период 1996–2002. године). Аутори износе и податке о профилу жртава појединих деликата (најчешће су жртве у трећој, четвртој и петој деценији живота; мушкарци су чешће жртве унутар сваке старосне

категорије, с тим што аутори подсећају на присуство тамне бројке криминалитета која прикрива сексуалне деликте и насиље у породици чије су жртве најчешће жене и деца). Представљени су и подаци Међународног истраживања о виктимизацији спроведеног крајем деведестих, који подржавају тезу о тамној бројци криминалитета и неопходности да се званичне статистике допуне подацима из студија о жртвама (стр. 45). Посебну пажњу привлаче занимљиви подаци о разлозима непријављивања виктимизације (нападом/претњом, провалном крађом, разбојништвом) који су такође представљени табеларано са могућношћу поређења.

Излагања о основним облицима криминалне виктимизације дају обиље података и илустрација уз позивање на најновија истраживања и дела виктимолошке литературе. Аутори признају да су били у дилеми приликом одлучивања о избору критеријума за класификацију, али су је решили остајући доследни свом одређењу виктимологије (као критеријум је изабрана врста криминалне активности која је одређеног субјекта учинила жртвом). Тако су представљене особености виктимизације: насилничким криминалитетом (са нарочитим освртом на виктимизацију убиством, сексуалним деликтима, насиљем у породици и насиљем према посебно осетљивим категоријама жртава – деци, старим лицима и особама са менталним поремећајима); имовинским криминалитетом (где су посебно истакнуте жртве криминалитета корпорација и жртве организованог криминалитета, а у оквиру ове категорије – жртве трговине људима); саобраћајним деликтима; политичким (идеолошким) кривичним делима (са нагласком на жртвама тероризма, жртвама виктимизације у рату, жртвама злоупотребе политичке моћи, а у оквиру последње категорије, посебна пажња је поклоњена жртвама кривичноправног система). Како не би изоставили још неке категорије жртава вредне пажње, нарочито у савременом тренутку, а због усвојеног критеријума класификације, аутори говоре и о посебним облицима виктимизације, односно о жртвама отмице, жртвама злочина мржње, виктимизацији на раду и виктимолошким аспектима прогањања.

Трећи део је посвећен реаговању на виктимизацију, што ово монографско дело чини потпуно заокруженим и целовитим. Аутори у оквирима друштвених одговора на виктимизацију разматрају медијско праћење и обраду догађаја, кампање везане за превенцију криминалитета и казнену политику, кривичноправно реаговање и развијање мера подршке и помоћи жртвама криминалитета. Посебна пажња је и на овом месту посвећена најактуелнијим темама и специфично ресторативној правди и принципима на којима се она заснива. У функцији излагања о реакцији на виктимизацију јесте и излагање о „идеалној жртви“, за чију је илустрацију наведен цитат из дела чуве-

ног норвешког криминолога Нилса Кристија. Како се жртва осећа по преживљеној виктимизацији и са чиме се све бори, читалац сазнаје из излагања о ефектима примарне виктмизације у чијим су оквирима различити начини реаговања, односно последице виктимизације. Аутори говоре о емоционалном реаговању на виктимизацију (нарочито је истакнут и посебно илустрован „стокхолмски синдром“), а потом о физичким, психичким и финансијским последицама виктимизације. Ни овом приликом аутори не заборављају да истакну једну од најосетљивијих категорија жртава – децу и последице виктимизације деце насиљем (што је несумњиво актуелна тема). Предмети посебне анализе јесу: фазе психичке реакције на примарну виктмизацију (стање шока, фаза обраде трауматичног искуства, фаза реорганизације); посттрауматски стресни поремећај; специфичности последица које погађају жртве насиља у породици и сексуалног насиља; страх од злочина (појам, фактори и последице) и превенција примарне виктимизације. Следи излагање о секундарној виктимизацији (њеном контексу и факторима) у чијим оквирима аутори указују на опасности које прете жртви од стране „спасилаца“ или оних којима се обраћа за помоћ, са којима се среће по преживљеној виктимизацији, било да се ради о органима формалне социјалне контроле криминалитета или уопште, друштвеној средини.

Аутори указују на посебно осетљиве категорије жртава (децу, жртве сексуалног насиља и насиља у породици, жртве организованог криминалитета, жртве из маргинализованих и дискриминисаних друштвених група) и баве се објективним и субјективним факторима ризика секундарне виктимизације. Логичан наставак јесте и бављење темом спречавања секундарне виктимизације, са акцентом на поступању полиције, а представљене су и мере које постоје у домаћим законодавним решењима. Читалац се може упознати и са међународним стандардима заштите права жртава које су аутори систематично изложили консултујући све релевантне међународне документе из ове области и наводећи њихове пуне називе и изворе. Излагања о секундарној виктимизацији се настављају сагледавањем положаја жртве у фази истраге, где је опет под лупом поступање полиције (нарочито у односу са посебно осетљивим категоријама жртава). У одељку у коме аутори разматрају положај и заштиту жртава учесника у кривичном поступку, наведене су и најважније одредбе српског кривичног законодавства (материјалног и процесног) које регулишу положај оштећеног, оштећеног као тужиоца и сведока у кривичном поступку. Посебно је издвојено веома важно питање накнаде штете жртвама кривичних дела. Овога пута аутори показују умеће у интерпретацији одредби Закона о облигационим односима, као и релевантних кривичноправних одредби, те читаоцу пружају могућност да добије јасне и недвосмислене, систематично

представљене информације и о овом проблему. Да питање накнада штете није добро решено у Србији показују и представљена упоредноправна решења, као и препоруке међународних организације које су аутори вешто уградили у излагања на ову тему.

Одговори на питања о томе како помоћи жртвама и подржати их у борби са последицама виктимизације налазе се у посебном одељку трећег дела монографије. Аутори говоре о значају специјализованих служби за помоћ и подршку жртвама, те о значају женског покрета за оснивање оваквих служби у свету, па и у Србији. И на овом месту су истакнуте најважније препоруке из релевантних међународних докумената које се тичу принципа рада и карактеристика поменутих служби, а представљена је и ситуација у Србији. Посебан одељак је посвећен мерама заштите од појединих облика виктимитета у Србији, и то: заштита од насиља у породици, заштита деце од насиља и занемаривања, заштита од мобинга и сексуалног узнемиравања на раду. У сваком од поменутих делова изнете су најважније законске одредбе које регулишу заштиту, али и проблеми у њиховој примени, као и недостаци у постојећем механизму заштите.

На крају су аутори размотрили однос између медија и жртве, закључујући да је неопходно направити „баланс између права јавности да буде информисана и права медија да извештавају, на једној страни, и права жртава на приватност, на другој" (стр. 160).

Ова монографија представља питко, јасним, а стручним језиком написано штиво које обилује информацијама о најважнијим појмовима и темама из области виктимологије. Читајући рад, лако прелазећи са теме на тему, читалац се изнова уверава у сувереност аутора у владању виктимолошком проблематиком и најакутелнијим питањима из ове области и препознаје уложени труд да се прибаве најсвежији подаци и излагања учине систематичним, концизним и занимљивим. Стога се монографија може препоручити, како стручњацима за ову или сродне области, јер на једном месту могу пронаћи смернице за нова истраживања или се подсетити основних појмова, најважнијих законских прописа или међународноправних документа из релевантних области заштите жртава, као и најзначајнијих дела виктимолошке литературе, тако и онима који би хтели да начине први корак у спознаји учења о жртвама.

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Драган Д. Пантић, мастер права*

ОД СОКА ДО ЗАШТИЋЕНОГ СВЕДОКА

Савремене недоумице у вези са заштићеним сведоцима последњих го дина су побудиле нарочито интересовање у домаћој процесноправној теорији и пракси. Због тога се у овом раду истражује постојање елемената српског обичајног права у савременом процесном законодавству Србије. Наиме, истиче се постојање установе сока заштићеног (тајног) сведока, распрострањене у обичајним правима многих словенских народа. То ће бити полазна основа за испитивање у коликој мери ова савремена процесноправна установа има везе са оном из словенске прадавнине. Затим се анализира примена овог доказног средства у српском средњовековном процесном праву. Највише научне грађе о томе пружа судска пракса Дубровачке републике из XV и XVI века, где се у спи сима са судских процеса, у којима су учествовали Срби из залеђа, уочава често коришћење овог доказног средства. Ова процесноправна установа одржала се у правном животу Срба у Црној Гори, Херцеговини и Боки све до краја XIX века. На крају, упоредном анализом савремене правне установе заштићеног сведока и сока као установе (старог српског) обичајног права, биће указано на чињеницу да су се некадашњи и садашњи правосудни системи суочавали са ис тим проблемима поводом заштите сведока, као и да су их решавали на веома сличан начин.

Кључне речи: *Сведок. Заштићени сведок. Обичајно право. Сок соџбина.*

1. УВОД

Последњих деценија развијене државе се све више суочавају са проблемом тероризма и организованог криминала. За сузбијање таквих појава нарочито је актуелан процесни институт заштићеног сведока. И у нашем кривичнопроцесном законодавству је у последњој деценији нарочита пажња била посвећена заштити сведока. Штавише, усвојено је више закона којима се уређује ова област.

* Аутор је студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, *stmadjar@gmail.com.*

Доказивање извршења тешких кривичних дела и заштита сведока који помажу у расветљавању злочина било је актуелно и у прошлости, нарочито због тога што се живело у институционално неразвијеном друштву у коме су се тешко прикупљали докази од затворених друштвених група. Јавно сведочење представљало би велику опасност за сведока и његову породицу, док држава није била на таквом ступњу развоја да би обезбедила физичку заштиту. Зато се заштита сведока спроводила скривањем његовог идентитета. Такав тајни сведок, чији је идентитет био по правилу скривен од опште јавности и окривљеног, а често и од самог суда, називао се – *сок*.

Сок води порекло из словенске прадавнине. Доказно средство сока користи се у обичајном праву словенских народа од најстаријих времена. Осим у старосрпском праву, установа сока је била позната и у староруском, литванском и чешком праву, што говори у прилог схватању о заједничком пореклу ове установе.[1] Највише података о соку налазимо у средњовековним правним изворима, нарочито у судским списима Дубровачке републике. У кривичним судским процесима у којима су као странке учествовали Срби из залеђа, дубровачке судске власти су допуштале примену српског обичајног права. На тај начин је у правосудни систем Дубровачке републике уведена правна установа пороте, где су се могла користити, осим законских, и сва друга доказна средстава. Најзначајније је било саслушање сока.

Свакако да је правна установа сока била у употреби и у другим крајевима у којима су живели Срби. Она се одржала дуго времена у обичајном праву нашег народа, без обзира на пропаст средњовековне државе и потпадање под турску власт. То се најбоље уочава у крајевима у којима се очувао аутономни друштвени живот и самостално судство, засновано на обичајним правилима. Процесна установа сока се користи у појединим областима Црне Горе, Херцеговине, Боке и северне Албаније, све до почетка XX века. Јачањем државе и судске организације престајала је примена обичајних правила о соку.

2. САВРЕМЕНА ПРОЦЕСНА РЕШЕЊА У ВЕЗИ С УСТАНОВОМ ЗАШТИЋЕНОГ СВЕДОКА

У савременом кривичном поступку све већа пажња се поклања проблематици заштите сведока. Последњих година су домаћи аутори о овој теми написали више запажених радова.[2]

[1] Константин Јиречек, *Историја Срба II*, Београд 1990, 129.

[2] Вид. Снежана Бркић, *Заштита сведока у кривичном поступку,* Нови Сад 2005 и „Кривичнопроцесна реформа у Србији 2009. године и установа заштите све

У праву Републике Србије је заштита сведока у кривичном поступку први пут регулисана Закоником о кривичном поступку (у даљем тексту: ЗКП) из 2001. године.[3] У ЗКП-у из 2001. године само је назначена могућност посебне заштите сведока од застрашивања, али није конкретније регулисана. У чл. 109, ст. 1 предвиђена је обавеза суда да сведока заштити од увреде, претње и сваког другог напада. Такође, у ст. 2 и 3 истог члана предвиђено је да ће суд лице које прети или угрожава безбедност сведока опоменути или новчано казнити, а у случају озбиљне претње обавестиће државног тужиоца ради предузимања кривичног гоњења. На предлог истражног судије или председника већа, државни тужилац може захтевати да органи унутрашњих послова предузму посебне мере заштите сведока. Након тога је Законом о програму заштите учесника у кривичном поступку уређена материја о физичко-техничкој заштити сведока.[4] Тек усвајањем Законика о кривичном поступку из маја 2006. године, регулисана је процесна заштита сведока.[5] Почетак примене ЗКП-а из 2006. године је више пута одлаган, али су одредбе о процесној заштити сведока примењиване одмах након његовог ступања на снагу. У њему је процесноправни положај нарочито осетљивих сведока био регулисан у чл. 110, после општих правила о начину саслушања сведока, док је у чл. 116–122 била уређена заштита сведока од застрашивања. Коначно, Законом о изменама и допунама ЗКП из 2001. године, које су усвојене 30. августа 2009. године,[6] извршена су усклађивања овог Законика са Уставом, Кривичним закоником и неким међународним правним актима, у циљу повећања ефикасности и економичности кривичног поступка. Ступањем на снагу овог Закона престао је да важи ЗКП из 2006. године, укључујући и законске одредбе о процесној заштити сведока. Заштита сведока регулисана је тако што су после чл. 109 додати нови чланови – од 109а до 109ђ.

Усвојеним изменама ЗКП-а омогућено је да суд пружи посебну заштиту сведоку и оштећеном. Таква заштита се нарочито односи на заштићене сведоке, који су и формално добили такав назив. Мере посебне заштите таквог сведока обухватају његово испитивање на

дока“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2009, 311 331; Божидар Бановић, „Заштита жртава и сведока у поступцима пред међународним кривичним судовима“, *Правни живот* 13/2009, 1085 1101; Милан Шкулић, „Прикривени ис ледник законска решења и нека спорна питања“, *Безбедност* 3/2005, 373 397; Го ран Илић, „Заштита сведока и других учесника у кривичном поступку“, *Ревија за криминологију и кривично право* 2 3/2005, 170 191, итд.

[3] *Службени лист СРЈ* СЛСРЈ, бр. 70/01 и 68/02; *Службени гласник РС* СГРС, бр. 58/04, 85/05, 115/05 и 49/07.

[4] СГРС, бр. 85/05.

[5] СГРС, бр. 46/06.

[6] СГРС, бр. 72/09.

такав начин да се не открије његов идентитет, као и мере његовог физичког обезбеђења у току поступка (чл. 109а). Поступак стицања правног статуса заштићеног сведока уређен је члановима 109б и 109в. Решење о мерама посебне заштите сведока суд може донети по службеној дужности, или на захтев странака или самог сведока. У току истраге, решење о мерама посебне заштите сведока доноси истражни судија, а након ступања оптужнице на правну снагу – судско веће. Чланом 109г уређен је начин испитивања заштићеног сведока, и то искључивањем јавности са главног претреса, прикривањем изгледа сведока и сведочењем из посебне просторије уз промену гласа и лика сведока посредством техничких уређаја. Чланом 109д прописано је да се пресуда не може заснивати само на исказу заштићеног сведока, а чланом 109ђ обавеза суда да лица која присуствују испитивању заштићеног сведока упозори на дужност чувања тајне о идентитету заштићеног сведока.

Статус сведока у кривичном поступку заштићени сведок има на основу општих процесних правила, што значи да се не ради о посебној врсти сведока. Међутим, приликом његовог испитивања предузимају се мере посебне заштите којима се знатније одступа од стандардних правила испитивања сведока. Ово је нужно напоменути због тога што наше кривично процесно право садржи одредбе о две посебне врсте сведока.

Израз заштићени сведок је збирни назив под којим се подразумевају прикривени иследник и сведок сарадник. Прикривени иследник је лице које се под шифром или псеудонимом изузетно појављује као сведок у кривичном поступку. То је, по правилу, овлашћено службено лице полиције или друго обучено лице. Идентитет прикривеног иследника потпуно је непознат (анониман) за странке, док се позивање на суд и утврђивање његове истоветности обавља преко изјаве његовог непосредног старешине (чл. 504њ).

Посебан процесноправни положај у кривичнопроцесном праву има сведок сарадник. Ради се о припаднику организоване криминалне групе који је признао да јој припада. Његова дужност је да на суду даје истинит исказ. Уколико је испунио своју дужност, против њега се доноси осуђујућа пресуда којом се утврђује минимална затворска казна за предметно дело. Тако утврђена казна умањује се за половину, а највише до законског минимума. Изузетно је могуће и ослобађање од казне. Уколико сведок сарадник не поступи у складу са преузетим обавезама и ускрати давање података или изврши ново кривично дело, суд му решењем укида статус сведока сарадника. Од тог тренутка се према њему спроводи поступак као према окривљеном. Ради се о посебном субјекту „хибридног“ карактера, који поседује процесне особине како сведока, тако и окривљеног. Али, упркос његовом језичком означавању као „сведока“, он је пре

свега окривљени. То може да буде разлог да се против њега, у случају испуњавања обавезе, поступак окончава осуђујућом пресудом или да се, у случају неиспуњења обавеза или извршења новог кривичног, дела против њега настави кривични поступак.[7]

Нарочиту врсту сведока сарадника представља осуђени сарадник. Он је сведок који саопштава надлежним правосудним органима податке о неком другом кривичном делу и, у случају испуњења преузетих обавеза, стиче услов за преиначење правноснажне пресуде без понављања кривичног поступка према посебним законским правилима (чл. 504о–504ћ).

У Нацрту новог ЗКП, уместо израза сведок сарадник, постојаће окривљени и осуђени сарадник. Да би субјект кривичног поступка стекао такав положај, он претходно мора да призна кривично дело. Такође, он задржава положај оптуженог до окончања процеса (чл. 318–324). Новина је и то да окривљени сарадник са тужиоцем закључује споразум о сведочењу у коме су обавезе сведока сарадника и јавног тужиоца јасно и прецизно наведене. Нарочито је прецизирано шта окривљени сарадник мора да изјави приликом саслушања. Уколико испуни обавезу и покаже на суду све што је споразумом договорено, гарантује му се исход за који је знао од потписивања споразума, а могуће је чак и ослобађање од казне (чл. 325–331). Споразум са јавним тужиоцем могу да закључе и лица која издржавају затворске казне (чл. 332–335).[8] Из свега јасно произлази да је у питању једна веома деликатна установа, у чијем регулисању наше савремено законодавство још увек у приличној мери лута. Утолико пре је корисно сагледати како се слично питање решавало некада.

3. ПОЈАМ СОКА ЗАШТИЋЕНОГ (ТАЈНОГ) СВЕДОКА У ОБИЧАЈНОМ ПРАВУ СЛОВЕНСКИХ НАРОДА

Процесноправна установа сока је од давнина позната у обичајном праву словенских народа. Учешће сока у судском поступку односи се на сведочење. Међутим, процесни положај сока и обичног сведока разликују се, пре свега, по томе што је сок тајни сведок, чији је идентитет по правилу скривен од опште јавности и самог окривљеног, а у најстаријој фази најчешће и од самог суда. Сок је закључивао двострано обавезан споразум с оштећеним, при чему је био у обавези да пружи суду све податке о извршеном делу, а зауз-

[7] М. Шкулић, *Основне новине у кривичном процесном праву Србије: измене и допуне Законика о кривичном поступку и одредбе Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима*, Београд 2009, 29.

[8] *Нацрт Законика о кривичном поступку*, *http://www.mpravde.gov.rs*, 24. де цембар 2010.

врат је добијао награду која се назива *соџбина*. Понекад је сок деловао преко посредника – *сокодржице*, који је иступао у његово име и чувао скривен његов идентитет.

У писаним актима српског средњовековног законодавства не сусреће се појам сока. Међутим, то не значи да сок није постојао у судској пракси. У средњем веку је само мањи део правних односа био регулисан законом, док је већи део био регулисан обичајним правом. Законодавац је тада регулисао само оно што га је из практичних разлога интересовало, док је све остало остављано обичајном праву и судској пракси.[9] Та чињеница јасно показује да је обичајно право код словенских народа имало велики значај, чак дуго времена пошто што је било уведено државно судство. Примена норми старог обичајног права најдуже се одржала у поступку доказивања помоћу свода и сочења.[10]

Реч сок је код нас први забележио Вук Караџић у свом *Српском рјечнику*, где је навео појмове – *сок, сочити и просочити*. Израз сок у смислу тајног сведока забележио је само у Црној Гори, док у Соколској нахији сок није имао значење тајног сведока, већ обичног сведока.[11]

Израз сок познат је у старом чешком, руском, литванском и српском праву, што указује на велику старину те установе и заједничко словенско порекло.[12] Сок и соџбина су сматрани веома древном установом, при чему су поједини правни историчари њено порекло датирали у далеку прошлост, наводећи чак да реч *сок* потиче од индоевропске речи *sokey.*[13] Неки аутори су указивали да етимолошки корен речи упућује на глагол *суочити,* тј. убеђивати некога „очи на очи", те су синоними речи *суочник-соук-сок,*[14] док су други сматрали да се реч сок изводи од речи *свједок*, која се употребљавала у српским крајевима, и да је сродна са чешком и пољском речи *сок* која значи *клеветник.*[15]

Постоје различита мишљења у вези са правним положајем установе сока. Неки правни историчари сматрају сока тужиоцем или по-

[9] Феодор Тарановски, *Историја српског права у Немањићкој држави II*, Београд 1931, 129.

[10] Карел Кадлец, *Првобитно словенско право пре X века* (превео и допунио Ф. Тарановски), Београд 1924, 129.

[11] Вук Караџић*, Српски рјечник*: *истумачен њемачкијем и латинскијем ријечма*, Беч 1852, 699.

[12] К. Јиречек*,* 129.

[13] Vladimir Mažuranić, *Prinosi za hrvatski pravno povijestni rječnik*, IX, Zagreb 1920, 1345.

[14] Алекса Јовановић, *Приносци за историју старог српског права*, II, Београд 1900, 28.

[15] Georg Popović, *Recht und Gericht in Montenegro*, Zagreb 1877, 86.

тказивачем приликом какве крађе. Они указују да је често и сам сок био крадљивац који је од украденог добра хтео да извуче користи.[16] Други, који прихватају мишљење да је сок тужилац, објашњавају инситут сока и соџбине тако што је соџбина сокова награда, а сокодржица је посредник који иступа јавно против кривца у договору са соком, док сок хоће да остане тајан.[17] Постоји мишљење да је сок имао улогу нарочитог истраживача – достављача у кривичним делима, односно да се ради о звању државног чиновника у смислу „судијиног сокалника“ из Душановог законика, коме је дужност била да проналази преступнике.[18] Поједини аутори су мишљења да је сок лице коме је дужност да трага за злочином и злочинцем, односно да се ради о некој врсти приватних детектива који су радили у потаји тако да злочинац не би знао ко га је сочио. Износ исплаћене соџбине улазио би у трошкове поступка, док би осуђени био обавезан да накнади оштећеном такве трошкове.[19] Сок је сматран и потказивачем који ради за оштећену страну, при чему се упоређује са потказивачем који се спомиње у средњовековним српским хрисовуљама – *наводчијом*.[20] Соку су даване и натприродне особине, тако да га неки аутори сматрају чаробњаком који својим моћима проналази изгубљене ствари.[21]

Појам соџбине сусрећемо у чл. 49. Статута Нинске лиге, где је прописано да уколико оштећеник уз помоћ сока сазна ко га је покрао и осумњиченог упита о томе – а овај порекне, у случају да се утврди да је заиста осумњичени извршио предметно дело, „све његово у пороб“.[22] Овај Статут се сматра веома старим (потиче из 1103. године) и представља правила територијализованих Влаха под Млетачком влашћу у нинској области. Они су уживали извесну аутономију у оквиру које су донели овај статут.[23] Сок се спомиње и у Винодолском закону из 1288. године: у чл. 45 овог закона прописана је висина соџбине која се соку може исплатити.[24]

---

16 К. Јиречек, 129.

17 V. Mažuranić, 1345.

18 А. Јовановић, 29.

19 Марко Костренчић, *„Сок“, Народна енциклопедија српско хрватско словеначка*, IV (прир. Ст. Станојевић), Нови Сад 2001, 263.

20 Ф. Тарановски, 15.

21 Jullius Lippert, *Social geschichte Boehmens in vorhusstischer Zeit*, Wien 1896, 378.

22 V. Mažuranić, *Prinosi za hrvatski pravno povijestni rječnik*, VII, Zagreb 1918, 1011.

23 Бранислав Недељковић, „Сок и соџбина у старом српском праву“, *Историјски часопис* 7/1957, 69.

24 Драгослав Јанковић, *Историја државе и права феудалне Србије XII XV век*. Додатак*: Винодолски закон (О Винодолском закону текст Винодолског закона*), Београд 1957, 163 164.

Чешки историјскоправни извори садрже више података о установи сока него историјскоправни извори код других словенских народа. Сок се најпре помиње у Статуту Конрада Ота из 1222. године. Особеност процесноправног положаја сока по овом статуту је изразита строгост приликом кажњавања сока ако би лажно оптужио окривљеног.[25] Поједини чешки историчари процесноправни положај сока објашњавају према правном положају који је сок имао у Црној Гори, наводећи да се ради о старом словенском праву у коме се, као и у германском, за доказивање извршења кривичног дела користио процесноправни институт сока.[26] Неки аутори сматрају погрешним називати сока судским службеником, приватним детективом или човеком са посебним моћима. По њима, ради се о обичном човеку који је био сведок злочина или је наишао на трагове злочина и о томе обавестио оштећеног, а уколико је било потребно саопштио би те чињенице суду.[27] Указује се и да је реч сок у свим словенским језицима у свом корену имала значење тужиоца, а тек у другом реду се користила у смислу потказивача. Код Чеха већ у XIII–XIV веку, а код Руса знатно касније, преовлађује овај други смисао исте речи.[28] Постоји мишљење да се чешки сок разликује од старословенског у правном и филолошком смислу.[29] Неки правни историчари разлику виде у томе што чешки сок представља тужиоца. Он може поступати независно од оштећеног, који му се може придружити да би заједно доказали кривицу осумњиченог, док старословенски сок реагује тек на јавни позив оштећеног и не наступа независно од њега.[30] Примена правила старословенског обичајног права о соку престаје у Чешкој до краја XIII века, док се надаље у правним списима налазе подаци само о чешком соку.[31] Насупрот њима, поједини правни историчари поистовећивали су чешког сока са старословенским.[32]

Установа сока је позната и у западноруским правним изворима. Поједини руски историчари били су у недоумици да ли је сок нижи судски чиновник или шпијун.[33] Општа правила о соку садржи

[25] Александар Соловјев, *Историја словенских права; Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка,* Београд 1998, 160.

[26] Hermenegild Jirecek, *Slovanske pravo v Cechach a na Morave*, I, Praha 1863, 177.

[27] Josef Markov, *Puvod sok, a jeho misto v systemu Českeho stredovekeho pru vodniho rizeni*, Praha 1928, 6.

[28] J. Markov, 8.

[29] А. Јовановић, 28.

[30] Miloslav Stieber, *K vyvoji spravy*, Praha 1901, 185.

[31] M. Stieber, 186.

[32] Вид. J. Lippert, 378; G. Popović, 86; J. Марков, 7.

[33] Вид. Михаил Јасински*, Уставнаја земскија грамота литовско русского государства,* Киев 1889, 190; Михаил Владимирски Буданов, *Хрестоматија по истории русского права,* II, Киев 1889, 41.

Законик литванског краља Казимира I из 1468. године. У неколико одредаба сок се спомиње у смислу приватног иследника, исто као у Црној Гори.[34] Први Литвански статут донет је 1529. године. Овај правни споменик написан је руским језиком и у њему се налазе правила о соку.[35] Из малобројних правних извора може се закључити да је процесноправни положај западноруског сока, уз извесне специфичности, био најсличнији процесноправном положају сока код других јужнословенских народа. У западноруским историјскоправним изворима не налазе се одредбе о посреднику – заступнику сока, који би наступио у његово име, скривајући његов идентитет, већ би сок морао лично да присуствује суђењу и изнесе оптужбу против окривљеног. Међутим, постојала је могућност да сок достави изјаву у писаној форми не долазећи на суђење, јер се водило рачуна о репутацији осумњиченог, нарочито ако нису постојали други докази осим изјаве сока.

4. ПРАВА И ОБАВЕЗЕ СОКА ПРЕМА СУДСКИМ СПИСИМА ИЗ ДУБРОВАЧКЕ АРХИВЕ XV И XVI ВЕКА

Највише писаних података о соку налази се у Архиву Дубровачке републике, где су сачувани подаци о судским процесима које су у XV и XVI веку водили припадници Дубровачке републике са житељима српског порекла из залеђа. Углавном се ради о процесима у којима су учесници са села, а који у кривичном поступку користе српско обичајно право. Таква судска пракса представља важан правни извор за проучавање ове процесноправне установе.

Примајући кривичну пријаву у којој је као доказ предложена изјава сока, канцелар је чинио забелешку испод текста и то тако што би уписивао *soch* или *pro sozbina dedit*.[36] Након тога је започињао поступак. Он је могао трајати више година, све до коначне пресуде. У Дубровачкој републици је, осим редовног поступка чије је спровођење било регулисано Статутом, дозвољавана и примена правила српског обичајног права у поступцима где су се припадници Републике спорили са житељима српског порекла из дубровачког залеђа. Такође, било је дозвољено да се судски поступци одржавају пред поротом. Порота је најчешће била мешовита. Сачињавали су је, под условом да буду једнако заступљени, како Дубровчани тако и житељи дубровачког залеђа. У ранијем процесном праву Дубровачке републике нису била садржана правила о пороти, јер је Република свој правни систем развила под утицајем римско-византијског

[34] А. Соловјев, 289.

[35] *Ibid.*

[36] Б. Недељковић, (1957), 55.

правног система, у коме се није користила установа пороте. У доказном поступку пред поротом нису коришћена само законска доказна средства, већ су могла бити коришћена и сва друга уобичајена доказна средства која су постојала у обичајном праву. На тај начин су поротници своје убеђење могли да стекну брже и једноставније од државног суда, који је био обавезан да примењује законска доказна средства. Порота је као доказна средстава користила истрагу, увиђај, извиђај, признање, заклетву странке, исказе сведока без обзира на малолетство и однос са странкама, чак и индиције. Али, најчешће је као доказно средство коришћен – сок.[37]

Из судских списа дубровачког суда може се закључити да је сок у кривичном поступку сведок кога суд сматра таквим. Међутим, он је посебна врста тајног сведока, због чега у погледу правног положаја сока и обичног сведока постоје велике разлике. Најпре, то је уговор о награди, који се назива *соџбина*. Овај уговор сок закључује са оштећеним и обавезује се да ће суду дати све податке потребне да би се доказала кривица осумњиченог. Један део соџбине, понекад чак и половину, сок је примао унапред, а остатак по окончању поступка. Уговором о соџбини настајала је двострана обавеза. Сок се обавезивао да врати примљени соџбину и да накнади штету оштећеном ако не би било осуђено лице које је просочио. Оштећени је имао право да тужи сока због неиспуњења уговора о соџбини. Ради наглашавања озбиљности своје обавезе, сок је често био принуђен да обезбеди јемство.[38]

Друга особеност правног положаја сока садржана је у чињеници да се ради о тајном сведоку чији је идентитет по правилу скривен од окривљеног, а често и од самог суда. Суд је био обавезан да чува скривени идентитет сока од осумњичених, јер је у интересу Републике да њен правни систем функционише. Ако га је тужилац предложио у кривичној пријави, сок је давао исказ пред судом на почетку поступка. Ако је за такав случај суд одредио одлучивање од стране пороте, сок је свој исказ давао у каснијој фази поступка пред поротницима. У оба случаја, сок је сведочио без присуства јавности и сазнања окривљеног о томе. Сок је био дужан да говори истину. Он је свој исказ давао под заклетвом. У случају одбијања заклетве, предложено лице би губило положај сока.[39] Како би се сакрио идентитета сока, у судске списе се најчешће није уписивало његово име, већ се само констатовало да се ради о сведоку – соку.[40] Након исказивања

[37] Б. Недељковић, „Погранична порота“, *Историјски часопис* 24/1977, 42.

[38] Вид. Б. Недељковић, *Мешовита порота, Дубровачка документа XIV и XV века о пограничној пороти. Мешовита грађа*, књига 6, Београд 1978, 25; Б. Недељковић (1957), 68.

[39] Б. Недељковић, (1978), 45.

[40] Б. Недељковић,(1957), 66.

свега што му је познато у вези предметног кривичног дела, сок је изјављивао колико износи уговорена соџбина и колико је примио унапред.[41] Трошкови учињени на име соџбине сматрани су трошковима кривичног поступка. После оглашавања оптуженог за кривца, кривац је био дужан да оштећеном накнади трошкове.

Било је случајева када сок није скривао свој идентитет пред судијама или поротом, док је у неким случајевима сок бивао непознат чак и самом суду. Сок је био овлашћен да на основу правила судског поступка остане анониман, и он је такво своје овлашћење обично користио. Сведоци, који су нарочито позвани за ту сврху, потврђивали су суду веродостојност исказа сока.[42] Уколико би сок давао исказ пред поротом, њега би саслушавао само један или двојица поротника, док би за остале његов идентитет такође остајао непознат.[43]

У пракси су се догађали и случајеви да је сок био један од извршилаца кривичног дела. У том случају, мотив сока за сочењем био је пре свега да избегне своје кажњавање, али и да евентуално добије неку награду. Обично се радило о лицима која су као припадници групе били очевици извршеног дела или су имали учешће мањег значаја, попут чувања страже.[44] Међутим, непосредни извршиоци кривичних дела и организатори криминалне групе нису могли рачунати да ће добити положај сока.[45]

Иако је представљао најзначајније доказно процесно средство, сок ипак није био једино такво средство. Већ тада се тежило ка томе да се обезбеди што више доказа, због чега се избегавало да се пресуда заснива само на исказу сока. По правилу, исказом сока се није окончавао поступак, већ је суд настављао са извођењем других доказа.[46]

Сок је имао огроман значај у очувању јавног реда, мира и заштити материјалних интереса, како грађана Дубровачке републике тако и становништва из залеђа. Због тога је главна дужност и обавеза суда била да идентитет сока чува као строгу тајну. Тадашње друштво није имало довољно развијен механизам физичко-техничке заштите сведока од освете окривљених, који би застрашивањем могли да одврате сваког могућег сока од давања исказа. Због тога се заштити сока скривањем његовог идентитета поклањала пуна пажња. Сок је сасвим поуздано могао рачунати да његов идентитет неће бити от-

41 Б. Недељковић, (1977), 27.

42 Б. Недељковић, (1957), 59.

43 Б. Недељковић, (1977), 26.

44 Б. Недељковић, (1957), 66.

45 Б. Недељковић, (1957), 67; (1978), 123.

46 Б. Недељковић, (1977), 29.

кривен, као и да ће за општу јавност и окривљеног остати потпуно непознат.

5. ПРИМЕНА ОБИЧАЈНИХ ПРАВИЛА О СОКУ У ЦРНОЈ ГОРИ, ХЕРЦЕГОВИНИ И БОКИ У XIX ВЕКУ

Установом сока најподробније се бавио знаменити научник Валтазар Богишић, проучавајући правне обичаје Јужних Словена. Он је поуздано утврдио да се све до краја XIX века установа сока користила у Црној Гори, Херцеговини и Боки.[47] На основу података прикупљених анкетом коју је 1873. године вршио о правним обичајима на тим просторима, Богишић је утврдио да се извођење доказа саслушањем сока још увек предузима у Црној Гори и Херцеговини, као и у северној Албанији, где се сок зове *капуџар*, а соџбина *калзи*.[48] Географски посматрано, област у којој се установа сока користила простирала се на крајеве између Неретве, Дрима и Бојане.[49]

У XIX веку процесна установа сока ретко се користила као доказно средство. Јачањем државне управе и судске организације, правила обичајног права о соку све су ређе примењивана. Установа сока се више није појављивала као доказно средство ни на територији под јурисдикцијом Дубровачке републике нити у областима под турском управом.[50] Простори на којима се одржала у употреби установа сока представљају специфичан терен, на коме се због неразвијене привреде задржао аутономни племенски живот. У српској средњовековној држави, и пре њене пропасти, сточарске групе су имале слободан унутрашњи живот и сеоску самоуправу у оквиру које је деловао сеоски суд.[51] У току турске владавине поменуте повластице нису укидане. Од поданика се очекивало само вршење војних услуга и наплата одређених пореза. Такве области су најчешће биле у немирном граничном подручју. Будући да је турској држави била потребна војна помоћ племена из ових области, она није превише истрајавала на успостављању свог правног поретка.[52]

Због таквих околности, унутрашњи аутономни живот у поменутим крајевима са утврђеном унутрашњом организацијом племена

[47] Valtazar Bogišić, *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena. Knjiga prva. Građa u odgovorima iz raznih krajeva Slovenskog Juga*, Zagreb 1874, 563 564 и 639.

[48] В. Богишић, *Правни обичаји у Црној Гори, Херцеговини и Албанији*, Иза брана дјела, IV, Београд Подгорица 1999, 287 291

[49] Б. Недељковић (1957), 68.

[50] *Ibid.*, 69.

[51] Ф. Тарановски (1931), 147.

[52] Б. Недељковић (1957), 71.

и братстава био је регулисан обичајним правом, тј. неписаним зборником правних обичаја (*ius non scripta*). Он се одржао све до краја XIX века. Племенску организацију чинили су органи попут суда, збора и главара. Сваки новонастали спор решавао се самосудом (што је било допуштено) или посредством заједнице – на збору или суду. Суд је могао бити главарски или изабрани суд добрих људи. Ако би спор избио између племена, он је решаван на „станку" оба племена или пред изабраним судијама из оба племена.[53]

У таквој племенској заједници било је тешко замислити јавно сведочење против припадника свог племена, јер би то за последицу могло имати освету или искључење из заједнице. Зато је најприродније доказно средство пред племенским или међуплеменским судом био сок. С друге стране, због чврстих родбинских веза и солидарности свих чланова заједнице којој је припадао, сок се није сматрао часном особом и ретко ко је јавно признавао да је био сок.[54] Није се сматрао непоштеним само онај који је сочио против туђинца, у корист сирочета или није узео соџбину.[55]

Соџбина се у поменутим крајевима односила претежно на откривање кривичног дела крађе, али се могла односити и на паљевину, грабеж и све друге штете.[56] Оштећени би јавно оглашавао, најчешће на скупштини или збору, да је покраден. Он је најпре лично или преко главара нудио јавно опроштај од казне, кумство или побратимство, а често и неки дар, уколико му се ствар врати. Након тога је следило проклињање кривца у месту извршења, што је могло имати ефекта у сујеверном и неразвијеном друштву. Ако би кривац остао непознат и након тога, оштећени би једностраном изјавом воље преузимао обавезу да исплати новчану награду свакоме ко зна за извршиоца дела и пристане да о томе тајно сведочи на суду.[57] Ако се нико не би прихватио сочења, јавно понуђена награда – соџбина, била је повећана, те је у почетку често по вредности била виша од вредности украдене ствари. Каније је одређено да висина јавно обећане награде не сме бити виша од вредност саме ствари.[58]

Сок је лице које зна кривца. Најчешће је то неко од сиромашнијих људи који из економског интереса пристаје на закључење споразума о соџбини. Приликом закључењу уговора о соџбини, сок је добијао један део соџбине унапред као предујам.[59] Оштећени и сок

53 *Ibid.*, 73.

54 G. Popović, 86.

55 В. Богишић, (1999), 289.

56 Б. Недељковић, (1957), 75.

57 В. Богишић, (1999), 286.

58 V. Bogišić, (1874), 564.

59 G. Popović, 86.

су закључивали уговор који је био двострано обавезан, као у пракси дубровачког суда. Сок је примао награду на име сочења, а његова обавеза је била да просочи правог кривца који ће бити оглашен кривим и осуђен. У случају да није просочен прави кривац, сок је био дужан да врати соџбину, плати све настале трошкове и дангубу суду, оштећеном и просоченом.[60]

Често сок ради своје безбедности није желео да његов идентитет сазна ни оштећени, те је користио посредника коме би испричао све што зна у вези предметног дела. Такав посредник се зове *сокодржица*. То је обично бивао неко од честитијих људи који је угледан у друштву, а у кога је сок имао поверење. Он посредује да се спор реши ван суда, а уколико дође до суђења, онда иступа уместо сока и износи све оно што му је сок саопштио. У случају да оптужени буде осуђен, соџбина се исплаћује преко сокодржице. Сокодржица је одговарао за истинитост исказа које је давао. Он је представљао у исто време јемца за случај лажног сочења.[61]

Сок је, дакле, тајни сведок, а само изузетно то није био случај. Због тога су се у племенском друштву морали чувати у тајности подаци о његовом идентитету. Сок је остајао непознат захваљујући сокодржици. Међутим, у случају да је оштећени познавао сока, његова дужност је била да чува сокову анонимност. На суду би само саопштио да има сока и какве му је информације о извршеном делу саопштио сок, не помињући његово име. Само по потреби, оштећени би име сока саопштио једном од судија – главара, у кога име поверења, а који ће анонимност сока сачувати од других судија. Тек у случају преке потребе, сок би излазио пред суд. У том случају, он је био дужан да саопшти све што зна под претњом кажњавања као кривац. Окривљеном, који би сазнао идентитет сока, било је запрећено строгим кажњавањем уколико науди соку.[62]

6. ЗАКЉУЧАК

Правна установа сока потиче из словенске прадавнине. Обичајна правила о соку као тајном сведоку имала су широку примену у нашем средњовековном процесном праву. Таква процесна установа одржала се у неким нашим крајевима све до краја XIX века. Развојем савремене државе и судске организације престајала су да се примењују правна правила о соку. Крајем XX века, због јачања организованог криминала, правни институт заштићеног сведока поново постаје ак-

60 В. Богишић, (1999), 288.

61 *Ibid.*, 290.

62 *Ibid.*, 287.

туелан. Та установа данас има широку примену у развијенијим државама Западне Европе и САД, а у последњој деценији и код нас.

Садашњи заштићени сведок, као и некадашњи сок, имају положај сведока у кривичном поступку. Сведочењем против извршилаца тешких кривичних дела они доводе у опасност свој живот, тело, здравље, слободу или имовину већег обима или иста добра њима блиских лица, због чега им суд омогућава посебне мере заштите. Такве мере се у савременом кривичнопроцесном праву спроводе доношењем посебног решења, док се положај сока добија уписом забелешке у судске књиге приликом подношења пријаве (код дубровачког суда) или одобравањем положаја од стране судија – главара (код сеоског суда). У току самог поступка статус заштићеног сведока могао се изгубити. Сведок сарадник губи такав положај уколико не поступи по преузетим обавезама и ускрати давање података значајних за доказивање извршења кривичног дела, док сок положај губи одбијањем полагања заклетве, што посредно указује на ускраћивање давања истинитог исказа.

У нацрту новог ЗКП предвиђена је могућност писменог споразума јавног тужиоца са окривљеним сарадником и осуђеним сарадником, под условом да се у уговору јасно прецизирају међусобне обавезе, односно шта ова лица треба да изјаве у судском поступку и какав их исход очекује у том случају. Такође, сок је закључивао двострано обавезни споразум са оштећеним у коме су прецизиране обавезе сока да просочи праве кривце и пружи суду све доказе за њихову осуду. За узврат, он би добијао новчану награду – соџбину, и, свакако, избегао кажњавање уколико је био учесник приликом извршења кривичног дела.

Најсигурнији начин заштите сведока представља скривање његовог идентитета (истоветности). Заштићени сведоци су непознати (анонимни) за општу јавност, док је прикривени иследник потпуно непознат чак и за окривљеног. Слично томе, идентитет сока је по правилу био скриван како од опште јавности, тако и од окривљеног. Прикривени иследник се позива на суд тако да свој исказ даје преко непосредног старешине, док сок то чини преко поверљивог лица – сокодржице. Обавеза суда и учесника у поступку да чувају тајну о идентитету сведока под претњом кривичне одговорности, упоредива је са обавезом суда и главара у прошлости да чувају податке о идентитету сока као строгу тајну.

Коришћење сока као доказног средства у поступку никада није било довољно. Као што се пресуда у савременом праву не може заснивати само на исказу заштићеног сведока, тако се и у прошлости настојало да се пресуда не доноси искључиво на основу исказа сока, већ на основу извођења других доказа.

Из реченог се може закључити да се проблеми поводом заштите сведока у савременом кривичнопроцесном праву решавају на сличан начин као некада у обичајном праву које су примењивали наши преци. Међутим, у савременој литератури се прошлост установе заштите сведока највише разматра кроз призму англосаксонског и једног броја земаља континенталног. Ипак, ова правна установа, очигледно, има своје древно порекло и у историји српског обичајног права.

Dragan D. Pantić, LLM

PhD Student
University of Kragujevac Faculty of Law

FROM „SOK“ TO PROTECTED WITNESS

Summary

This paper puts forward a comparative analysis that indicates the existence of some elements of the old customary law in contemporary Serbian criminal procedure. Historically, the institution of *sok* – the protected witness – was known to the common laws of many Slavic peoples. Most of the material regarding this institution is preserved in the court archives of the Republic of Dubrovnik, as it used to apply old Serbian customary law in cases when the Serbs were involved in a case. The institution of *sok* existed in some of the regions populated by Serbs, such as Montenegro, Herzegovina and Boka. By the end of the XIX century, as the state and the organized judiciary gain their strength, the institution of *sok* disappeared. With the rise of organized crime in Serbia in the late twentieth century, the need for a protected witness arose. Many of the present-day provisions regarding the institution of protected witness bear resemblance to the old customary rules on *sok*, manifesting clearly how the same problems were solved in a similar way in different times and circumstances.

Key words: *Witness. – Protected witness. – Customary law. – Sok-sodžbina.*

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Текстови по правилу не треба да буду дужи од једног табака, куцани ћирилицом. Изузетно, максимални обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

У горњем левом углу наводи се академска титула, име и презиме аутора, а у фусноти установа у којој је аутор запослен или друга афилијација, звање и електронска адреса.

Текст намењен за рубрику „Чланци" мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова (апстракт) и до пет кључних речи, а на крају резиме (*summary*) истог обима и исти број кључних речи на енглеском језику. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италик словима (фонт 12), итд. са мањим фонтом.

Радови се предају у штампаном и електронском облику.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., p., pp., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994^{3}).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртом.

Пример: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

2. **Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига). Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања“, *Анали Правног факултета у Београду* (*Анали ПФБ*) 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и

презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit*., нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова a, b, c, d, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995a), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље" с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.
Пример: М. Петровић (1995a), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid.*

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid.*, 69.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се назнака „eds." пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.", односно одговарајућа скраћеница у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg."). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са назнаком „ур." пре имена.

Пример: A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights", *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

7. **Прописи** се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис измењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12, итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. се пишу курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану курзивом и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, *http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL AD(2007)004 e. asp,* 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети" користи се скраћеница „Вид.", а за „упоредити" се користи скраћеница „Упор."

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade

Year LIX, No. 1, 2011, pp. 1–470

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

CONTRIBUTIONS

INTERNATIONAL OVERVIEW

DEBATE

BOOK REVIEWS

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна бибилиотека Србије, Београд

34 (497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Journal of Legal and Social Sciences / главни и одговорни уредник Сима Аврамовић. – Год. 1, бр. 1 (1953) – . – Београд : Правни факултет, 1953– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Од No. 3 (2009) издање на енглеском језику излази као трећи број српског издања. – Преузео је: Annals of the Faculty of Law in Belgrade = ISSN 1452-6557
ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514